

N°437125

M. B...

Assemblée du contentieux

Séance du 10 décembre 2021

Décision du 17 décembre 2021

### Conclusions

**Mme Mireille LE CORRE, Rapporteur publique**

A trois reprises, Edouard Crépey est monté à ce pupitre, devant l'Assemblée du contentieux. Deux fois, en 2012 et 2013, il vous a parlé d'asile, abordant des questions qu'il a présentées comme nouvelles et délicates. Puis, en 2018, il a affronté ce qu'il a lui-même présenté comme une « question redoutable », l'amenant à qualifier rien de moins que les manuscrits rédigés par le général de Gaulle de décembre 1940 à décembre 1942. De ces conclusions, comme toujours d'une grande profondeur et d'une extrême finesse, nous extrayons aujourd'hui deux phrases qu'il a, à ces occasions, prononcées et qui nous semblent pouvoir inspirer la présente affaire : « *La rigueur juridique n'oblige pas à rester aveugle aux conséquences des choix qui sont faits* » ; « *C'est l'Etat qui produit le droit et non le droit qui produit l'Etat* ». Avec la tristesse ressentie douloureusement par tous ses collègues, mais aussi avec une très grande estime et une profonde humilité, nous lui rendons ainsi hommage, depuis ce pupitre, qu'il continuera à nourrir et éclairer.

Et c'est, par ailleurs, en ressentant à la fois beaucoup d'honneur et de solennité que nous les prononçons aujourd'hui devant vous, Monsieur le Président, à l'occasion de votre dernière Assemblée du contentieux.

« Que les armes cèdent à la Toge »<sup>1</sup>. Ce précepte de Cicéron, édictant le principe de la subordination de la force armée au pouvoir civil, évoque ce que Maurice Hauriou théorisa ensuite comme le « cantonnement juridique » de l'armée. « Il ne faut pas – écrivait-il - que la

---

<sup>1</sup> Cicéron, De Officiis, I, 77 et M. Hauriou, Principes de droit public, Dalloz, rééd (1910) 2010, p. 369-385, cités par Jean-Christophe Videlin, Maître de conférences HDR, Université Grenoble Alpes, CRJ de Grenoble, AFJP 2015, p. 244, « Arrêt (de rigueur) pour la banalisation du statut des militaires »

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

force armée [soit] le gouvernement de la société civile » mais il « faut que la force armée soit à la disposition du pouvoir civil, qu'elle lui soit subordonnée et obéissante, que celui-ci dispose librement de son emploi ».

Si le principe de nécessaire libre disposition de la force armée irrigue de longue date les esprits comme les textes, la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle est paradoxalement récente. Le Conseil constitutionnel l'a érigé comme tel en 2014, après que le législateur a consacré, à l'occasion de l'élaboration du statut général des militaires, une exigence de disponibilité, au même rang que les principes de loyalisme, de neutralité, de discipline et de primauté de l'intérêt collectif.

Parallèlement, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie à plusieurs reprises de divers questionnements sur le champ d'application de certaines directives, jusqu'à ce que, à l'été dernier, elle juge que les militaires n'étaient pas, par principe, exclus du champ d'application de la directive relative à l'aménagement du temps de travail, tout en réservant des exceptions. L'encadrement du temps de travail résultant de cette directive semble, du moins en première approche, se conjuguer difficilement avec l'idée d'une disponibilité sans borne.

Avant d'en venir plus prosaïquement à la requête dont vous êtes saisi, il nous paraît important de dire combien nous mesurons la dimension principielle et « passionnelle » de ce litige.

Principielle, car est en question la singularité de l'identité militaire, son unité et ses valeurs. Derrière la question posée par le litige, c'est bien, en arrière-plan, celle des fondements de la condition militaire et de ses principes sous-jacents qui vous est soumise.

« Passionnelle », pour reprendre les termes du Général Jude Vinot<sup>2</sup>, tant « la disponibilité du militaire est un totem à portée symbolique très forte ».

Et pourtant, le rôle du juge, au-delà de son office que nous évoquerons bientôt, est aussi, face à de tels litiges, qu'il doit trancher, d'apaiser et de concilier, autant qu'il est possible de le faire.

Venons-en à la requête : de Luxembourg à Saint-Junien, dans quelle mesure l'arrêt de la Cour de justice du 15 juillet dernier (CJUE, grande chambre, 15 juillet 2021, B.K.c/ Republika Slovenija, aff. C-742/19) doit-il ou non avoir des répercussions sur l'organisation de la brigade de proximité de M. B..., sous-officier de la gendarmerie départementale, requérant devant vous ?

Celui-ci vous demande d'annuler la décision par laquelle le ministre de l'intérieur a rejeté sa demande tendant à la transposition à la gendarmerie de l'article 6 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Son unique moyen, ciblé sur les gendarmes départementaux, consiste à soutenir que ce refus est illégal, dès lors que ceux-ci<sup>3</sup> relèvent du

---

<sup>2</sup> Jude Vinot, « La disponibilité : une singularité militaire en question », Un monde en turbulence – regards du CHEM 2019 – 68<sup>ème</sup> session, 2019, p. 237-251

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

champ d'application de cette directive et que le délai de transposition est échu. En défense, les ministres des armées et de l'intérieur opposent, quant à eux, l'exigence constitutionnelle de nécessaire libre disposition de la force armée, ainsi que celle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation.

**I -. Bien que votre récente décision French Data Network ait très largement posé le cadre dans lequel nous allons insérer un nouveau tableau, il nous faut d'abord dire un mot de l'office du juge à l'égard d'une telle requête, qui comporte une part de nouveauté sur le plan de la configuration contentieuse.**

**1. Nous évoquerons rapidement deux points préalables, qui méritent de vous être signalés.**

D'abord, nous nous sommes interrogée sur le niveau normatif requis pour répondre, le cas échéant, à la demande du requérant. La notion de disponibilité étant inscrite dans la loi, comme nous le verrons plus en détail, ne fallait-il pas nécessairement, le cas échéant, une intervention du législateur, ne serait-ce que pour autoriser le pourvoi réglementaire à y apporter des dérogations ? Nous ne le pensons pas, car d'une part, cette notion n'est pas, en elle-même, incompatible avec toute règle relative au temps de travail, d'autre part, l'aménagement du temps de travail relève du domaine réglementaire, soit, s'agissant des fonctionnaires, en principe par décret en Conseil d'Etat<sup>4</sup>, soit, s'agissant des militaires, par instruction à caractère réglementaire prises par les ministres dans le cadre du pouvoir Jamart dont ils disposent pour l'organisation des services. Vous avez, en effet, déjà reconnu que les ministres ont, en matière militaire, une grande latitude<sup>5</sup> pour adopter de telles instructions à caractère réglementaire, et c'est d'ailleurs le support retenu pour les textes déjà pris en matière de temps de repos<sup>6</sup>.

Ce caractère réglementaire justifie ensuite que vous soyez compétent en premier et dernier ressort s'agissant du refus d'un ministre de prendre un acte réglementaire. Si le refus attaqué relevait du domaine législatif<sup>7</sup>, la circonstance qu'il porte sur la transposition d'une directive n'aurait pas d'incidence, une éventuelle méconnaissance du droit de l'Union ne pouvant, bien sûr, justifier une inconstitutionnalité dans le maniement des articles 34 et 37 de la Constitution<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Le requérant est affecté dans la gendarmerie départementale et, au regard de ses développements, ses conclusions doivent être regardées comme portant sur cette seule composante de la gendarmerie nationale.

<sup>4</sup> CE, 23 juillet 1974, Syndicat national des collègues, n° 89413, au Recueil ; CE, Section, 16 novembre 1983, Z..., n° 36673, au Recueil

<sup>5</sup> CE, Assemblée, 3 mars 2004, Association « Liberté, information santé », n° 222918, au Recueil, s'agissant des obligations vaccinales des militaires fixées par instruction

<sup>6</sup> Voir aussi CE, 3 mars 2010, S..., n° 325714, aux Tables

<sup>7</sup> La juridiction administrative – et non seulement le Conseil d'Etat – est incompétente s'agissant d'un refus de déposer un projet de loi (26 novembre 2012, K... et autres, n° 350492, aux Tables). Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du refus d'un ministre de prendre un acte relevant du domaine législatif, mais tout moyen est inopérant puisque le pouvoir réglementaire a alors compétence liée (7 mai 2008, Comité pour la réouverture de la ligne Oloron-Canfranc, n° 299013, aux Tables)

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

La requête ne peut pas, par ailleurs, être interprétée comme dirigée contre une décision individuelle, contrairement à ce qui est soutenu en défense.

## **2. Plus substantiellement, nous voyons avec cette affaire une troisième brique dans la construction jurisprudentielle relative à l'articulation entre les principes constitutionnels et le droit de l'Union.**

Au préalable, précisons, pour ne pas y revenir, que le contrôle dit de « l'ultra vires » n'est pas invoqué par les ministres en défense. Vous avez clairement affirmé avec la décision French Data Network (CE, Assemblée, 21 avril 2021, French Data Network et autres, n°s 393099 et autres, au Recueil), qu'il n'appartenait pas au juge administratif de contrôler que les organes de l'Union européenne, et notamment la Cour de justice de l'Union européenne, n'avaient pas excédé leurs compétences<sup>9</sup>. Ceci ne vous aurait guère conduit à faire droit aujourd'hui à un tel moyen s'il avait été soulevé en défense, et nous ne nous attardons donc pas sur ce point.

La première brique, votre décision d'Assemblée Arcelor (CE, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, n° 287110, au Recueil), a permis de définir votre contrôle de la légalité des actes réglementaires de transposition des directives, au regard du « double fondement constitutionnel »<sup>10</sup> constitué d'une part, de l'article 88-1 de la Constitution et de l'obligation constitutionnelle de transposition des directives qui en résulte, d'autre part, des autres dispositions à valeur constitutionnelle. La décision Arcelor repose sur le terrain contentieux suivant : il est soutenu qu'un acte réglementaire transposant une directive est contraire à la Constitution. Le juge administratif recherche alors si une règle ou un principe général du droit de l'Union garantit l'effectivité de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué. Si tel est le cas, le contrôle fait l'objet d'une « opération de translation », pour reprendre les termes de Mattias Guyomar dans ses conclusions sur cette décision, vers le niveau européen, autrement dit en termes de conformité de la directive au droit primaire. Si tel n'est pas le cas, le juge administratif examine directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées assurant la transposition.

La deuxième brique, votre récente décision d'Assemblée French Data Network, a consacré un contrôle souvent résumé par l'expression « Arcelor inversé ». A l'occasion, cette fois, d'un litige dans lequel un requérant soutient qu'un acte est illégal en le confrontant avec les dispositions d'une directive, c'est ici le défendeur qui vient affirmer que cet acte ne saurait être écarté sans obstacle constitutionnel. Dans cette configuration, le juge administratif recherche, là aussi, d'abord, s'il existe une règle ou un principe général du droit de l'Union équivalent. Si tel est le cas, et en l'absence de difficulté sérieuse justifiant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, il écarte l'argumentation avant de faire droit au moyen du requérant, le cas échéant. Si tel n'est pas le cas, il examine si, en

---

<sup>8</sup> CE, 27 juillet 2006, Association « Avenir de la langue française », n° 281629, au Recueil

<sup>9</sup> Sur ce point et sur la décision French Data Network plus généralement : Chronique de Clément Malverti et Cyrille Beaufils, « L'instinct de conservation », AJDA 2021, p. 1194

<sup>10</sup> Conclusions de Mattias Guyomar sur cette décision

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

écartant l'acte comme contraire au droit de l'Union, il prive de garantie une exigence constitutionnelle. Si la nuance dans les termes choisis permet, dans ce schéma, de contrôler non pas la constitutionnalité directe d'un acte, mais la privation de garantie effective d'une exigence constitutionnelle du fait de cet acte, l'office du juge est néanmoins, in fine, très proche.

Vous êtes aujourd'hui en présence d'une troisième configuration contentieuse : comme dans la précédente, un principe constitutionnel est invoqué en défense. Toutefois, le litige se caractérise ici par deux nouveautés. D'une part, il ne naît pas d'une norme positive dont l'illégalité serait contestée au regard du droit de l'Union. Dans la décision French Data Network, étaient en cause des normes positives, ainsi que le refus d'abroger. Ici, c'est le refus de prendre un acte qui est attaqué. D'autre part, il s'agit du refus de transposer, hypothèse que vous n'avez étrangement pas encore directement rencontrée, même si plusieurs configurations connues sont en réalité très proches.

### **3. Cette troisième étape nous semble toutefois moins novatrice que les deux précédentes, en ce qu'elle conduit à recourir principalement à deux veines jurisprudentielles existantes, tout en apportant quelques pierres à l'édifice.**

Premièrement, vous devez, nous semble-t-il, procéder comme vous le faites classiquement s'agissant du refus de prendre un acte réglementaire d'application de la loi.

Le juge de l'excès de pouvoir est alors conduit à apprécier la légalité d'un tel refus au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision (27 mai 2021, Association Compassion in World Farming France (CIWF), n° 441660, aux Tables ; s'agissant du refus d'abroger un acte réglementaire : Assemblée, 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels, n°s 424216 424217, p. 296).

La particularité tenant à ce que le refus concerne un acte de transposition ne nous paraît pas non plus devoir vous arrêter. Il existe même un « a fortiori » avec le contrôle que vous exercez déjà en cas de transposition incomplète<sup>11</sup> ainsi que dans l'hypothèse où vous contrôlez si le pouvoir réglementaire a pris les mesures permettant de remplir un objectif issu du droit de l'Union (1<sup>er</sup> juillet 2021, Commune de Grande-Synthe, n° 427301, au Recueil).

Deuxièmement, dans le cadre de ce contrôle du refus de transposer, nous vous proposons de préciser qu'il appartient d'abord au juge de vérifier tant l'obligation, d'un côté, que le vide, de l'autre. Il doit, en effet, examiner d'abord si la transposition résulte bien d'une obligation et non d'une faculté, et ce non seulement au regard du caractère contraignant ou non des dispositions de la directive concernée, mais aussi de son champ d'application. Il doit ensuite vérifier l'existence d'un vide juridique, autrement dit examiner si la transposition n'a pas déjà été réalisée par un corpus de règles en vigueur qui suffit à rendre compatible le droit interne avec les objectifs d'une directive.

---

<sup>11</sup> 28 avril 2003, Fédération française des courtiers d'assurances et réassurance et autres, n°s 233343 et 233474, aux Tables sur ce point ; 9 avril 2010, Fédération CGT des cheminots, n° 324149, aux Tables

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le constat du caractère suffisant et conforme de la transposition doit alors conduire, le cas échéant, à un dispositif de rejet et non de non-lieu, car il ne s'agit pas de constater l'intervention d'un texte d'application demandé en cours d'instance<sup>12</sup> mais d'examiner le bien-fondé du moyen<sup>13</sup> et l'écarter, le cas échéant, si le refus est légal au fond.

Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si cette transposition - obligatoire au regard des dispositions d'une directive et nécessaire dans le domaine concerné au regard de son champ d'application - s'avère inexistante ou insuffisante, vous rejoignez alors la seconde veine, issue de votre jurisprudence French Data Network. Il revient alors au juge d'annuler le refus de transposer, sauf si un principe constitutionnel est invoqué en défense, auquel cas il vérifie alors deux points : ce principe a-t-il un équivalent en droit de l'Union ? Si tel n'est pas le cas, faire droit à la demande, via une injonction de prendre un acte, reviendrait-il à priver de garantie effective ce principe constitutionnel ?

#### **4. Ce n'est ainsi qu'en dernier recours, après cette vérification étape par étape, que le moyen tiré de l'exigence constitutionnelle peut, le cas échéant, être accueilli.**

Cette chronologie est nécessaire en droit et elle est justifiée au fond, dans le souci, si vous nous permettez l'expression, de « pousser les murs », de solliciter jusqu'à ses éventuelles limites tout ce que le dialogue des juges contribue à résoudre. Dans ses conclusions sur la décision French Data Network, Alexandre Lallet souligne en ce sens qu'il va de soi que la mise en œuvre de la clause de sauvegarde constitutionnelle ne peut être qu'exceptionnelle, « parce que le respect du droit de l'Union constitue aussi une exigence constitutionnelle (...) et parce que vous ne pouvez ignorer qu'elle expose la France à une action en manquement voire à une crise politique ». Nous ne pouvons que partager cet appel à la prudence.

Alexandre Lallet en déduisait quatre lignes directrices.

Premièrement, il convient de faire un usage raisonnable de la condition d'équivalence des protections. Lorsqu'il apparaît que la protection constitutionnelle trouve formellement un miroir conventionnel, ou selon les termes de la cour de Karlsruhe, lorsqu'une exigence est garantie « en général » et « pour l'essentiel de la même façon », cette première condition doit pouvoir être considérée comme satisfaite, sauf si la protection apparaît, malgré un intitulé proche, revêtir une acception fondamentalement différente.

Il nous semble que deux cas de figure peuvent se présenter. Soit il existe une équivalence formelle (principe d'égalité, droit de propriété, par exemple) et dans ce cas il y a lieu de considérer que l'équivalence est remplie, sauf difficulté substantielle car l'équivalence doit être réelle, mais sans contrôle excessif. Soit à l'inverse, il n'existe pas formellement d'équivalence et l'effort de convergence consisterait alors peut-être à rechercher quand même si une protection équivalente résulte de la seule jurisprudence de la Cour et de son interprétation du droit primaire. Cette équivalence innommée mais réelle ne résulte toutefois pas

---

<sup>12</sup> CE, 27 juillet 2005, Association Bretagne Ateliers, n° 261694, au Recueil

<sup>13</sup> CE, 1<sup>er</sup> juillet 2021, Commune de Grande-Synthe, n° 427301, au Recueil

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

directement de votre jurisprudence French Data Network, mais elle ne nous paraît pas devoir être exclue.

Deuxièmement, une logique de conciliation doit être privilégiée, par une interprétation conforme aux exigences constitutionnelles des énonciations des arrêts de la Cour.

Troisièmement, la clause de sauvegarde doit être actionnée seulement en cas de moyen invoqué en ce sens.

Enfin, le droit de l'Union ne doit in fine être écarté, le cas échéant, que dans la stricte mesure du nécessaire.

Fort de ces lignes directrices, nous examinerons successivement trois questions : une exigence constitutionnelle est-elle susceptible d'être invoquée ? a-t-elle un équivalent en droit de l'Union ? est-il, enfin, nécessaire d'y recourir en l'espèce ?

## **II – Admettre l'opérance du principe de nécessaire libre disposition de la force armée suppose d'abord d'en définir la substance.**

Il existe un fil conducteur partant de l'exigence constitutionnelle et allant jusqu'à la réalité quotidienne de l'activité militaire : la disponibilité des militaires n'est ni seulement un concept théorique, ni seulement une pratique. Elle est une exigence justifiée par des impératifs d'intérêt général et elle se traduit par des modalités d'organisation extrêmement concrète.

Ainsi que le souligne avec force le rapport établi par la Commission de révision du statut général des militaires présidée par le Président Denoix de Saint Marc, la disponibilité « n'est certes pas l'apanage des militaires, mais elle évoque pour eux, et pour leur famille, bien plus que la mobilité géographique ou le temps d'activité professionnelle. La disponibilité du militaire concrétise, en effet, son engagement permanent à servir sur ordre en tout temps, en tout lieu, pour toute mission et si besoin jusqu'au sacrifice ».

### **Le principe de « nécessaire libre disposition de la force armée » a été consacré comme un principe constitutionnel en 2014 et 2015.**

Le Conseil constitutionnel a mobilisé quatre articles de la Constitution. D'abord, les articles 5 et 15, aux termes desquels le Président de la République est le chef des armées, assure, par son arbitrage, la continuité de l'Etat et est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités. Ensuite, les articles 20 et 21, dont il résulte que le Gouvernement « dispose » de la force armée et que le Premier ministre est responsable de la défense nationale.

Le maintien de l'usage d'un singulier pour évoquer « la force armée »<sup>14</sup> dans notre Constitution n'est pas le fruit du hasard. « *Vos rapporteurs* – soulignait Marcel Martin lors de

---

<sup>14</sup> figurant à l'origine dans la Constitution du 5 fructidor de l'an III, titre IX

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*l'élaboration de la Constitution de 1958 – ont préféré parler : « de la force armée ». Au pluriel, c'est une définition technique. »*

Le Conseil a déduit de ces articles « une nécessaire libre disposition de la force armée », à laquelle ne devait pas porter atteinte l'exercice de mandats électoraux par des militaires en activité (décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, M. Dominique de L.).

Peu après (décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, M. Pierre T. et autre), il a de nouveau pris en compte ce concept s'agissant des sanctions disciplinaires. Il l'a alors qualifié de « principe », ce qui n'était qu'implicite dans sa première décision, en affirmant que « le principe de nécessaire libre disposition de la force armée » implique que l'exercice par les militaires de certains droits et libertés reconnus aux citoyens soit interdit ou restreint.

**Nous retirons deux enseignements de ces décisions, l'un quant au rang normatif du principe, l'autre quant à sa substance.**

Premier enseignement : si la doctrine<sup>15</sup> a pu s'interroger sur la valeur exacte que le Conseil constitutionnel a entendu conférer à ce principe par ces décisions (simple principe, principe à valeur constitutionnelle, exigence constitutionnelle), nous n'avons aucun doute sur la nécessaire reconnaissance de sa valeur constitutionnelle. Pas tant au regard du maniement opéré par le Conseil dans ces décisions, car il est régulièrement conduit à opérer une conciliation entre un principe constitutionnel et un objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur, qu'il peut alors mentionner comme un principe, sans pour autant lui reconnaître une valeur constitutionnelle. Mais parce qu'en l'espèce, non seulement nous touchons le cœur de l'Etat, mais le Conseil constitutionnel a pris le soin d'énumérer d'abord les quatre articles de la Constitution avant d'affirmer ce principe, et lui conférer ainsi une valeur constitutionnelle.

Et s'il fallait s'en convaincre, d'une part, le commentaire - qui n'est certes pas la décision mais l'éclaire - évoque « les exigences constitutionnelles en matière de défense d'où il résulte un principe constitutionnel de nécessaire libre disposition de la force armée ». D'autre part, le Conseil d'Etat, en formation consultative, dans son avis sur le projet de loi actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense<sup>16</sup>, l'a qualifié d'exigence constitutionnelle, en l'espèce permettant de limiter la liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Dès lors qu'il a une valeur constitutionnelle, la distinction entre exigence ou principe n'emporte pas, pour le juge administratif, de conséquence sur son office lorsqu'il est amené, à en faire application, contrairement, bien sûr, à celle qui existe entre principe constitutionnel et droit ou liberté garanti par la Constitution, du fait des effets bien connus sur l'invocabilité ou non pour une question prioritaire de constitutionnalité.

---

<sup>15</sup> Thibaud Mulier, « Emploi de la force armée : entre Matignon et l'Elysée, le Conseil constitutionnel a tranché », Les petites affiches, n° 142, p. 3

<sup>16</sup> CE, Avis d'Assemblée générale, 13 mai 2015, n° 390047

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*



Nous aurions, à cet égard, évidemment plus de difficulté à voir dans la nécessaire libre disposition de la force armée un droit invocable à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, dans la mesure où ce concept répond à une finalité d'intérêt général, et non à l'idée d'une protection garantie aux citoyens. Il permet avant tout d'apporter des restrictions à certains droits et libertés, sauf à ce qu'un requérant le brandisse un jour pour justifier de certaines particularités, mais cette configuration nous paraît peu plausible ou, du moins, vouée à un accueil peu favorable, même si elle n'a pas encore été tranchée par le Conseil constitutionnel.

Deuxième enseignement : le Conseil constitutionnel a conféré à ce principe une substance, ne se limitant pas à une lecture de la Constitution purement organique consistant à déterminer qui, au sein de l'exécutif, « dispose de », mais en lui donnant de la chair, du contenu, à savoir que la force armée doit être « à disposition », et non pas seulement « à la disposition de ». S'il n'était qu'une question de répartition de compétence ou de pouvoir, il ne justifiait en rien que soient apportées des restrictions dans l'exercice de certains droits et libertés. C'est bien sa finalité qui autorise des restrictions.

**Bien qu'une exigence constitutionnelle ne puisse, en principe<sup>17</sup>, être éclairée par les termes de la loi, il ne nous paraît pas inutile d'appréhender ce que les dispositions législatives entendent recouvrir avec cette notion.**

Si le principe de nécessaire disposition de la force armée renvoie, dans sa conception, à une exigence générale s'appliquant à l'institution dans son ensemble, il se décline ensuite au pluriel, s'agissant à la fois des forces armées et même des militaires.

La mission des forces armées, définie à l'article L. 3211-2 du code de la défense est énoncée de façon exactement et volontairement identique s'agissant des militaires à l'article L. 4111-1 : « *L'armée de la République est au service de la Nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la nation.* »

Ce qui s'impose à la force armée vaut ainsi pour les forces armées et pour chaque militaire. Que l'institution soit « à disposition de » implique finalement que chacun soit disponible.

Le principe de disponibilité apparaît ainsi à deux reprises au sein du code de la défense<sup>18</sup>.

D'une part, l'article L. 4111-1, qui a repris les cinq grands principes dégagés par la commission Denoix de Saint Marc énonce que : « (...) *L'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité.* (...) ».

---

<sup>17</sup> Cas particulier du Préambule de la Constitution de 1946 : 1<sup>er</sup> juillet 2020, Association UNEDSEEP et autres, n°430121 et autres, au Recueil

<sup>18</sup> La mention de la disponibilité au sein des principes de l'état militaire ne figurait pas dans le statut général de 1972, qui comportait, en revanche, déjà l'idée de « servir en tout temps et en tout lieu »

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

D'autre part, l'article L. 4121-5 le rappelle, en d'autres termes, en affirmant que « *Les militaires peuvent être appelés à servir en tout temps et en tout lieu.* ».

**Enfin, ce principe se traduit par une réalité pratique et quotidienne d'organisation.**

Le militaire est disponible et, de son temps global, consacré à sa mission, se déduisent des temps de repos, sous différentes formes. Cette logique est ainsi foncièrement différente de celle qui s'applique aux autres travailleurs, pour lesquels, en principe, un temps positif de travail se calcule par addition de temps consacrés à l'activité professionnelle.

**Enfin, si « disposition » et « disponibilité » se distinguent en théorie**, car ce n'est pas exactement la même chose de considérer d'une part que la force armée est à la disposition du pouvoir exécutif civil, d'autre part que la condition militaire implique la disponibilité, **nous vous proposons, pour toutes ces raisons, de les concevoir comme intrinsèquement liées.** Ce qui découle, selon nous, nécessairement de la jurisprudence constitutionnelle serait ainsi explicité.

Le principe de nécessaire libre disposition de la force armée constitue, pour reprendre les termes du Président Pêcheur<sup>19</sup>, « la clé de voûte de l'état militaire ».

La substance résultant de cette exigence constitutionnelle est d'autant plus dense qu'elle se combine avec celle de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation (décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Ekaterina B.<sup>20</sup>), intérêts au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation<sup>21</sup> et l'intégrité du territoire<sup>22</sup>. Cette exigence a d'ailleurs été prise en compte dans votre décision French Data Network.

Si vous avez, à cette occasion, utilisé le terme d'« objectif à valeur constitutionnelle », c'est, nous semble-t-il, parce que d'autres normes que la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation étaient alors analysées (l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public et l'objectif de recherche des auteurs d'infraction). Nous pensons que vous devez aujourd'hui, s'agissant de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, comme de la nécessaire libre disposition de la force armée, éviter cette notion d'« objectif à valeur constitutionnelle », qui, même si la doctrine est partagée sur ce point, vise dans l'esprit de son créateur - le Conseil constitutionnel - principalement à justifier des dérogations à des principes constitutionnels, et non à censurer une disposition législative<sup>23</sup>. Surtout, les deux

---

<sup>19</sup> Bernard Pêcheur, Rémy Heitz, Pierre Vandier, « Le militaire, travailleur, justiciable, citoyen comme les autres ? », Revue Défense nationale, 2019/10, n° 825, p. 21

<sup>20</sup> Sur les déclinaisons de cette exigence : décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 ; décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016 ; décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016 ; décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018 ; décision n° 2020-882 QPC du 5 février 2021

<sup>21</sup> Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986

<sup>22</sup> Décisions n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011 et n° 2016-738 QPC du 10 novembre 2016

<sup>23</sup> François Luchaire, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », Revue française de droit constitutionnel, 64, 2005 ; Voir aussi sur ce point les conclusions d'Alexandre Lallet sur la décision French Data Network

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

notions invoquées aujourd'hui sont au cœur des fondements de l'Etat et de la Constitution et justifient, au fond, d'y voir des exigences et non seulement des objectifs.

Au total, nous pensons que l'exigence constitutionnelle de nécessaire libre disposition de la force armée, parce qu'elle contient nécessairement, dans son acception substantielle, la disponibilité, peut être opposée face à des dispositions du droit de l'Union susceptibles d'y faire obstacle.

Ce n'est pas seulement l'habit militaire mais bien la finalité de la mission à laquelle le militaire concourt, la Défense de la nation, qui le justifie. Tous les militaires sont susceptibles d'en relever, dès lors que leur mission, très directement ou plus indirectement, contribue à cette fin.

Les forces armées comprennent, au terme de l'article L. 3211-1 du code de la défense, trois composantes : les armées, la gendarmerie nationale et les services de soutien et organismes interarmées.

Si, à l'extrême évidence, les militaires mobilisés en opération relèvent nécessairement de la libre disposition, les fonctions de soutien sont aussi susceptibles d'être concernées.

Au-delà de l'adage « pas d'armée sans soutien », on ne peut en effet faire abstraction de l'histoire qui guide fondamentalement le lien entre les fonctions support et les fonctions plus opérationnelles.

La loi sur l'administration de l'armée du 16 mars 1882 fait suite à la défaite française lors de la Guerre de 1870, qui a notamment été attribuée aux difficultés résultant de la séparation du commandement et des services, avec une absence de dialogue et une désorganisation progressive de l'administration des militaires<sup>24</sup>. La loi a alors dégagé deux grands principes : d'une part, la subordination de l'administration, c'est-à-dire des services, au commandement, d'autre part, l'autonomie des services dans leur gestion. Dans son rapport au ministre de la Guerre, Léon Bouchard énonçait ainsi « *Cette séparation de l'administration et du commandement, cette coexistence de deux volontés, indépendantes l'une de l'autre, qui se paralysent et s'annulent, le dualisme, pour employer l'expression consacrée, fut condamné. On décida qu'il devait être proscrit de l'organisation militaire* ».

Les militaires, y compris exerçant des fonctions de soutien, peuvent ainsi à tout moment être requis pour des activités opérationnelles et doivent se tenir prêts, ne serait-ce que par un entraînement toujours exigé.

De même, si la gendarmerie exerce une diversité de missions, nous y reviendrons, elle est susceptible de concourir à de telles finalités. D'ailleurs, si le Conseil constitutionnel n'a pas été amené à trancher clairement le champ du principe de nécessaire libre disposition de la force armée, il a toutefois déjà pris en compte la militarité des gendarmes. Il s'est, en effet, fondé sur leur état militaire pour estimer que les particularités de cet état pouvaient permettre au législateur de prévoir que des juridictions spécialisées en matière militaire soient

---

<sup>24</sup> L'Administration des militaires, mai 2014

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

compétentes pour connaître des infractions commises par les militaires de la gendarmerie dans l'exercice du service du maintien de l'ordre (décision n° 2018-756 QPC du 17 janvier 2019, M. Jean-Pierre F.). A cet égard, il a expressément jugé qu'« en dépit des similitudes du cadre d'action des militaires de la gendarmerie et des membres de la police nationale dans le service du maintien de l'ordre », le législateur pouvait se fonder sur les particularités de l'état militaire des gendarmes pour prévoir cette compétence spécialisée, sans instaurer de discrimination injustifiée entre les justiciables.

Cette décision ne suffit pas à estimer qu'il aurait ainsi déterminé le champ des forces couvertes par le principe de nécessaire libre disposition. C'est bien au regard des finalités auxquelles elle peut concourir du fait des missions militaires qui lui sont confiées que la gendarmerie nous semble aussi relever de ce principe.

**Nous vous proposons donc de retenir que la nécessaire libre disposition de la force armée doit être entendue comme concourant à une fin, la Défense de la Nation, et que cette fin incombe aux forces armées dans toutes leurs composantes (armées, gendarmerie nationale et soutien). Le principe constitutionnel est, en un mot, justifié par sa finalité.**

**III – Ce principe, ainsi défini, peut-il être invoqué à l'encontre d'un texte de droit dérivé de l'Union régissant le temps de travail ? Autrement dit, existe-t-il ou non une protection équivalente en droit de l'Union ?**

S'agissant d'un domaine relevant très étroitement de la souveraineté nationale, l'absence de protection équivalente résultant du droit de l'Union semble s'imposer comme une évidence.

**1. Les domaines de la défense et de la sécurité de la nation se prêtent mal à l'idée même d'une garantie équivalente en droit de l'Union.**

Aux termes de l'article 4 paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne, l'Union respecte, d'une part, l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles et, d'autre part, les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale, celle-ci restant de la seule responsabilité de chaque Etat membre.

La sécurité nationale relève ainsi des seuls Etats membres et ce domaine apparaît fondamentalement étranger au corps normatif européen.

Le principe constitutionnel de nécessaire libre disposition de la force armée est, quant à lui, une forme de garantie que l'Etat se donne à lui-même pour assurer sa protection.

Vous pouvez, en conséquence, procéder de deux façons distinctes s'agissant du contrôle de l'équivalence en l'espèce:

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

-soit vous arrêter au constat que ce principe ne peut, par essence, trouver de protection équivalente en droit de l'Union, puisque la matière ne saurait en relever : il ne peut pas y avoir, et il n'y a pas, de principe ayant le même objet et le même effet ;

- soit aller plus loin en vérifiant si, au regard de l'interprétation du traité et de la jurisprudence plus générale de la Cour, une protection équivalente existe.

Nous ne pensons pas que cette seconde étape soit absolument indispensable en l'espèce car la solution du problème est, en quelque sorte, connue avant d'en dérouler le raisonnement.

Avec French data Network, vous avez analysé la jurisprudence de la Cour pour examiner s'il pouvait en résulter une protection équivalente, mais vous avez tout de même conclu en précisant que les exigences analysées s'appliquaient à des domaines relevant exclusivement ou essentiellement de la compétence des Etats-membres. Ce cheminement se comprend au regard des différents principes ou objectifs qui étaient alors invoqués.

Pour ce qui nous concerne, la question est en quelque sorte plus pure au regard des deux exigences constitutionnelles invoquées. Imaginons que la jurisprudence de la Cour garantisse que les militaires sont exclus de toute législation européenne sur le temps de travail. Nous ne pensons pas que, même dans cette hypothèse, nous vous proposerions de considérer que la condition d'équivalence est remplie, car ne pas imposer de borne au temps de travail est une chose, garantir positivement que la force armée est « à disposition » en est une autre. Le droit de l'Union n'intervient alors certes pas, mais il ne garantit pas, ou plutôt il garantit seulement qu'il n'interviendra pas.

Toutefois, l'exercice peut se justifier s'agissant de la notion de libre disposition de la force armée et de son corollaire, la disponibilité, d'une part dans un souci de conciliation et de dialogue des juges, d'autre part, car la notion de disposition fait appel à la fois à la matière militaire et à une autre matière, qui est, en revanche, harmonisée : le temps de travail. En l'absence d'équivalence formelle entre normes suprêmes, une protection ne résulte-t-elle pas néanmoins du droit de l'Union ?

## **2. Venons-en donc à la jurisprudence de la Cour, et en particulier à l'arrêt du 15 juillet dernier, à ce stade en ce qu'il tient compte de la spécificité du sujet de la sécurité nationale.**

Si l'arrêt n'exclut pas par principe les militaires, il ouvre différentes fenêtres de prises en compte de spécificités nationales ainsi que des exceptions importantes.

Il faut nous arrêter un instant sur le texte même de la directive temps de travail et, à ce stade, seulement sur son champ d'application.

Cette parenthèse est nécessaire non pas pour l'appréciation de l'équivalence elle-même, qui ne peut pas résulter du droit dérivé, mais pour la compréhension de la jurisprudence de la Cour qui, à l'occasion de l'analyse de la directive, est susceptible de dégager une interprétation du droit primaire à prendre en compte pour le contrôle de l'équivalence.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

La directive relative à l'aménagement du temps de travail qui nous intéresse aujourd'hui (2003/88/CE du Conseil du 4 novembre 2003) est la petite sœur de la directive (93/104/CE du Conseil) du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Son inspiration, comme son champ d'application, sont déterminés par la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989. Son inspiration parce qu'il s'agit de la directive-cadre en matière de sécurité et santé au travail, la limitation du temps de travail étant conçue une modalité de protection de la santé des travailleurs. Son champ car un renvoi est effectué vers cette directive pour le définir.

L'article 2 de la directive « santé-sécurité » dispose ainsi qu'elle « *s'applique à tous les secteurs d'activités, privés ou publics (...)* » puis précise qu'elle « *n'est 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. / Dans ce cas, il y a lieu de veiller à ce que la sécurité et la santé des travailleurs soient assurées, dans toute la mesure du possible, compte tenu des objectifs de la présente directive.* »

Précisons que seuls sont exclus expressément de ce champ d'application aujourd'hui<sup>25</sup>, du fait de l'existence d'une directive plus spécifique, les gens de mer.

Vous aviez pu retenir une acception assez large des activités spécifiques exclues de l'article 2 en y faisant entrer une catégorie d'agents dans son intégralité (29 octobre 2003, Syndicat autonome des personnels navigants du groupement d'hélicoptères de la sécurité civile, n° 244957, au Recueil). Mais, postérieurement, telle n'a pas été l'interprétation de la Cour. Il ne s'agit pas, selon elle, d'écarter du champ d'application des activités dans leur ensemble, mais seulement des activités spécifiques entendues comme ne correspondant pas à un fonctionnement normal et liées à des « circonstances d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles » (CJCE, 5 octobre 2004, Pfeiffer, aff. C-52/04<sup>26</sup> ; s'agissant de la Guardia civil : CJCE, 12 janvier 2006, Commission c/ Espagne, aff. C-132/04). Et vous avez-vous-mêmes décliné cette approche par la suite<sup>27</sup>.

Autrement dit, ce ne sont pas les forces armées ou la police qui, bien que citées, sont exclues, mais seulement certaines de leurs activités spécifiques.

Par ailleurs, outre les exclusions du champ d'application même dans sa totalité, la directive temps de travail évoque d'autres activités à son article 17, mais seulement pour déroger à certains de ses articles d'une part - parmi lesquels l'article 6 sur la durée maximale hebdomadaire ne figure pas - et, d'autre part, seulement, là aussi, pour certains types d'activités.

---

<sup>25</sup> Exclusion du champ de la directive de 2003

<sup>26</sup> Voir aussi : CJCE, 17 novembre 2005, Commission c/ Belgique, aff. C-22/05

<sup>27</sup> CE, 31 mars 2017, Syndicat Alliance Police nationale, n° 395870, inédit ; 3 novembre 2014, fédération autonome des sapeurs-pompiers professionnels, n° 375534, aux Tables

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Au total, ni les exclusions relatives au champ d'application, ni les dérogations permises à certains articles, ne conduisaient, au regard du texte même de la directive et de ses premières interprétations générales par la Cour, à en exclure les forces armées dans leur ensemble.

L'arrêt du 15 juillet 2021 a achevé de répondre à ce questionnement<sup>28</sup>.

La première question fondamentale qui était soumise à la Cour consistait à déterminer si le droit de l'Union avait vocation à régir le temps de travail des militaires malgré l'article 4 paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne.

A cet égard, avec son arrêt *Dory* (11 mars 2003, C-186/01, point 35), la Cour avait déjà jugé que les choix d'organisation militaire des Etats membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels n'étaient pas régis par le droit de l'Union.

Elle a néanmoins estimé, avec l'arrêt du 15 juillet 2021, qu'il n'en découlait pas que les décisions des Etats membres relatives à l'organisation de leurs forces armées échappaient 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, c'est-à-dire une matière qui a été harmonisée, en vertu de l'article 153 paragraphe 2 du TFUE, avec la directive 2003/88.

Même si la formulation retenue s'agissant de l'organisation des forces armées est particulièrement large, cette interprétation n'est guère surprenante dans le cadre de cet arrêt: si la sécurité nationale relève de la compétence exclusive des Etats membres, tel n'est pas le cas de la question du temps du travail. La réponse était ainsi nécessairement d'une nature différente de celle concernant par exemple l'instauration d'un service militaire obligatoire, ainsi que le relève Jean-Christophe Videlin<sup>29</sup>, qui ne constitue pas une question appréhendée par le droit de l'Union<sup>30</sup>.

Toutefois, la Cour de justice fait immédiatement suivre cette inclusion de principe par l'affirmation selon laquelle l'application des règles relatives au temps de travail ne doit pas être de nature à entraver le bon accomplissement des fonctions essentielles de l'Etat, définies comme la préservation de l'intégrité territoriale et la sauvegarde de la sécurité nationale.

---

<sup>28</sup> Il fait suite à une question préjudicielle assez pure puisqu'elle portait sur l'interprétation de l'article 2 de la directive, autrement dit l'article relatif aux définitions. La Cour s'est estimée saisie de la question de savoir si l'activité relevait du champ d'application de la directive, lequel est fixé non par l'article 2 mais par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3. L'arrêt n'avait, en revanche, pas vocation à dégager une solution interprétative en réponse à la question strictement posée, puisque celle-ci portait sur la rémunération au titre d'heures supplémentaires. Or, la Cour a confirmé par cet arrêt que la rémunération n'était, en substance, pas la préoccupation guidant la directive, qui concerne les conditions de travail des travailleurs, la santé et la sécurité des travailleurs.

<sup>29</sup> Temps de travail – « Les militaires français et le temps de travail : une mise au pas européenne » – Commentaire par Jean-Christophe Videlin, *Droit administratif* n° 10, Octobre 2021, comm 39

<sup>30</sup> Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme avait déjà aussi fait application de la Convention aux militaires : CEDH, 2 octobre 2014, n° 10609/10, *Matelly c/ France* ; CEDH, 2 octobre 2014, n° 32191/09, *Adefdromil c/ France*

A cet égard, elle indique expressément que les spécificités de chaque Etat membre doivent être prises en considération, celles-ci pouvant résulter notamment des responsabilités particulières qu'il assume, des conflits ou menaces auxquels il est confronté ainsi que du contexte géopolitique dans lequel il évolue.

La Cour a ainsi clairement tenu compte d'une situation telle que celle de la France, qui est singulière en Europe. Ainsi que le souligne le Haut Comité d'évaluation de la condition militaire<sup>31</sup>, le modèle français est, en effet, celui d'une « armée d'emploi, dotée de la dissuasion nucléaire, dont les responsabilités sont mondiales, et qui offre une contribution essentielle à la sécurité des pays de l'Union. »

Ces éléments introductifs de la motivation de l'arrêt du 15 juillet traduisent ainsi, dans leur ensemble, une prudence bienvenue à l'égard de ce que sont les organisations militaires propres à chaque Etat.

Ce préalable posé, la Cour rappelle très logiquement qu'un militaire relève de la notion de travailleur. Si cette qualification est parfois contestée, elle nous semble s'imposer, au regard des deux éléments génériques qui définissent un travailleur, à savoir un lien de subordination et une contrepartie sous forme de rémunération (CJUE, 14 octobre 2010, Union syndicale Solidaires Isère, aff. C-428/09, point 28). Dresser ce constat ne retire rien, dans notre esprit, à la singularité de l'état militaire et ne comporte aucune forme de banalisation. A l'évidence, un militaire n'est ni un salarié, ni un fonctionnaire comme les autres. Les militaires ne relèvent que de leur statut général propre, inscrit au code de la défense. Mais, au sens de la directive qui est en réalité l'acception la plus large du terme, un militaire est nécessairement un travailleur.

Ajoutons que la Cour avait, d'ores et déjà, exclu, par ailleurs, avec son arrêt Jaeger<sup>32</sup> que la notion de « travail » résulte d'une définition nationale, malgré la référence faite aux « législations et/ou pratiques nationales » à l'article 2 de la directive du 4 novembre 2003<sup>33</sup>.

S'agissant ensuite de la possible exclusion de certaines activités spécifiques notamment dans les forces armées et la police, inscrite à l'article 2, la Cour a confirmé sa jurisprudence antérieure et affirmé que les militaires n'étaient pas exclus, dans leur intégralité et en permanence, du champ d'application de la directive. Et elle cite, à cet égard, certaines activités comme celles liées à des services d'administration, d'entretien, de réparation, de santé, de maintien de l'ordre ou de poursuite des infractions, en ajoutant toutefois « lorsque ces activités sont exercées dans des conditions similaires par des travailleurs de la fonction publique n'ayant pas le statut de militaire »<sup>34</sup>.

La Cour dégage ensuite quatre séries d'exceptions, comme autant d'activités exclues du champ d'application de la directive.

---

<sup>31</sup> Avis du Haut Comité d'évaluation de la condition militaire du 9 avril 2021

<sup>32</sup> CJCE, 9 septembre 2003, Jaeger, C-151/02

<sup>33</sup> Rappel fait au point 32 de l'arrêt du 9 mars 2021, aff. C-580/19

<sup>34</sup> Points 69-70 de l'arrêt CJUE du 15 juillet 2021

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*



Il s'agit premièrement des activités intervenant dans le cadre d'une opération militaire proprement dite, pour reprendre son vocable, ainsi que de la formation initiale ou d'un entraînement opérationnel, et ce y compris en temps de paix.

Deuxièmement, viennent les activités à ce point « particulières » qu'elles ne se prêtent pas à un système de rotation des effectifs permettant d'assurer le respect des exigences de la directive. Elle n'entend pas ici couvrir toute organisation rendant le remplacement difficile, mais vise les activités exercées par des membres des forces armées qui, en raison de leurs hautes qualifications ou du caractère extrêmement sensible des tâches qui leur sont assignées, ne peuvent que très difficilement être remplacés.

Troisièmement, la Cour prend en compte les activités exécutées 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 la directive devaient être respectées.

Quatrièmement, sont exclues les activités pour lesquelles l'application de la directive, si elle se traduisait par un système de rotation ou de planification du temps de travail, ne pourraient se faire qu'au détriment du bon accomplissement des opérations militaires « proprement dites ». Les activités dites interdépendantes peuvent, au titre de cette quatrième exception, être exclues.

De tout cela, nous retirons trois éléments :

- d'abord, une affirmation de principe par laquelle la Cour exclut l'exclusion : les militaires ne sont, pas du seul fait d'être militaires, hors du champ d'application,
- ensuite, des ouvertures réelles, tenant compte à la fois de la spécificité des Etats membres et de la particularité de certaines activités,
- enfin, une logique qui n'est pas sans complexité, supposant de raisonner activité par activité, en dentelle. Une fois, en revanche, l'activité définie comme telle, l'approche de la Cour redevient globalisante en ce sens que la non-application vaut alors pour tous les articles.

Une autre solution aurait pu être imaginée, consistant à estimer que certaines activités relevaient certes du champ d'application, mais n'étaient pas pour autant compatibles avec certaines règles de temps de travail seulement, par exemple la durée maximale hebdomadaire ou le travail de nuit. Mais pour la Cour, si une activité telle que les quatre ainsi définies est exclue, elle l'est du champ d'application de la directive dans son ensemble et non pas seulement de l'application de tel ou tel article. Sans doute cette exclusion globale du champ est-elle l'une des explications du caractère tout de même assez ciblé des quatre exceptions énumérées. Sauf à ce que des dérogations par article résultent, par ailleurs, de la directive elle-même, cette approche jurisprudentielle, qui résulte du texte de la directive, ne permet pas une application « à la carte » des articles<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Par ailleurs, l'avocat général avait envisagé une exclusion plus large pour certains Etats membres, notamment

Une première conclusion d'étape s'impose à ce stade : à supposer que vous ne considérez pas, plus radicalement, que le principe de nécessaire libre disposition de la force armée ne permet pas, par essence, l'existence d'une protection équivalente en droit de l'Union, l'exercice plus approfondi, tenant compte de l'interprétation par la Cour du traité de l'Union et des conséquences qu'elle en tire sur le droit dérivé en terme d'exceptions, ne permet pas, en tout état de cause, de considérer que l'exigence constitutionnelle de nécessaire libre disposition de la force armée bénéficie d'une protection équivalente en droit de l'Union.

**Ce principe est donc opérant pour faire obstacle à l'application d'un texte de droit dérivé restreignant la disponibilité du fait de règles régissant le temps de travail.**

#### **IV – Est-il pour autant fondé, autrement dit, avez-vous, avec la présente requête, à faire usage de la clause de sauvegarde constitutionnelle ?**

Cet examen suppose d'examiner les deux termes du litige, ainsi que les deux thèses en présence, avant de nous livrer à l'application du cheminement juridique que nous avons précédemment décrit pour déterminer si, in fine, le moyen de constitutionnalité opposé en défense a vocation à être accueilli en l'espèce.

##### **1. Les deux termes du litige, d'abord, car il est doublement circonscrit : il concerne la gendarmerie départementale et le seul article 6 de la directive.**

###### **a) La gendarmerie est une composante des forces armées.**

Dans son discours sur « La gendarmerie et l'Etat de droit »<sup>36</sup>, Marceau Long rappelle que l'histoire de la gendarmerie nationale est « liée au long travail d'organisation de la société, à la naissance de l'Etat, à celle de la Nation et de la souveraineté nationale ».

L'appartenance de la gendarmerie aux forces armées est une question identitaire, ancrée dans son histoire et à forte valeur symbolique. Régulièrement évoquée dans les livres blancs<sup>37</sup>, elle a été remise au premier plan à l'occasion de la loi du 3 août 2009<sup>38</sup>. Cette loi, la « première consacrée à cette institution depuis plus de deux cents ans »<sup>39</sup>, ainsi que le relève le rapport sur sa mise en application<sup>40</sup>, a modifié « l'architecture de la sécurité intérieure en instaurant (...) l'autorité d'un seul ministre sur l'ensemble des forces y concourant, tout en confortant l'identité militaire de la gendarmerie nationale ».

Ses missions sont à la fois civiles, judiciaires et militaires.

---

la France, avec l'idée d'un réexamen périodique (point 100), qui n'a pas été retenue dans l'arrêt, mais il indiquait lui-même qu'il n'était pas nécessaire de prendre une position définitive sur cette question

<sup>36</sup> 1991 Discours de Marceau Long, RFDA

<sup>37</sup> Notamment livres blancs défense et sécurité nationale de 1994, 2008 et 2013

<sup>38</sup> Loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale

<sup>39</sup> Loi du 28 Germinal an VI (1798)

<sup>40</sup> Rapport sur la mise en application de la loi transmis par le Gouvernement au Parlement le 24 février 2010

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

S'agissant des premières, en application de l'article L. 421-1 du code de la sécurité intérieure, elle veille à l'exécution des lois. Elle est chargée de la police judiciaire, de la sécurité publique et de l'ordre public, particulièrement dans les zones rurales et périurbaines ainsi que sur les voies de communication. Elle contribue aussi notamment à la mission de renseignement et d'information des autorités publiques, à la lutte contre le terrorisme et à la protection des populations.

S'agissant des missions militaires, leurs évocations textuelles sont aujourd'hui nombreuses.

L'article L. 3211-3 rappelle que la gendarmerie nationale est « une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois. » Il précise que « *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 421-1 du code de la sécurité intérieure [définissant ses missions civiles], elle participe à la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la Nation, notamment au contrôle et à la sécurité des armements nucléaires.* » Il ajoute que « *L'ensemble de ses missions militaires s'exécute sur toute l'étendue du territoire national, ainsi qu'en haute mer à bord des navires battant pavillon français. Hors de ces cas, elles s'exécutent en application des engagements internationaux de la France, ainsi que dans les armées.* »

La gendarmerie contribue aux missions militaires en temps de guerre<sup>41</sup>, ainsi qu'à la mise en œuvre de la défense opérationnelle du territoire (DOT)<sup>42</sup>.

Outre la protection des installations civiles vitales, certaines de ses composantes participent, en outre, de manière permanente au contrôle et à la sécurité de l'armement, notamment nucléaire ou à la protection des bâtiments des armées.

Au-delà de ces fondements textuels, la gendarmerie dispose, en pratique, d'une capacité matérielle et humaine très spécifique. Sa couverture territoriale, avec plus de 3000 casernes sur le territoire, est, à cet égard, une particularité majeure. Elle est ainsi à même de participer aux missions de protection territoriale, et de renseignement militaire et civil. Enfin, sa mission de maintien de l'ordre public peut conduire, en application de l'article L. 1321-1 du code de la défense, à ce qu'elle recourt à ses moyens militaires spécifiques, tels que les véhicules blindés.

Plus précisément, la gendarmerie nationale comprend 10 composantes (article R. 3225-4) : la direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN), l'inspection générale de la gendarmerie nationale (IGGN), des formations territoriales constituant la gendarmerie départementale, des formations constituant la gendarmerie mobile (chargées d'assurer le maintien de l'ordre public), la garde républicaine, des formations spécialisées (au profit de certaines autorités d'emploi), des formations prévôtales (chargées de la police judiciaire des

---

<sup>41</sup> Article L. 2221-2 du code de la défense

<sup>42</sup> Définie à l'article R\*1421-1 du code de la défense, la DOT consiste à maintenir la liberté et la continuité d'action du Gouvernement, ainsi que la sauvegarde des organes essentiels à la défense de la Nation.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

forces armées<sup>43</sup>), des organismes d'administration et de soutien, des organismes de formation du personnel et enfin le groupe d'intervention de la gendarmerie nationale (GIGN).

Les missions de chacune de ces composantes sont précisées à l'article R. 3225-6. S'agissant de la gendarmerie départementale, sa compétence est particulièrement transversale : « *Les formations de gendarmerie départementale remplissent dans leur ressort l'ensemble des missions dévolues à la gendarmerie nationale* ». Elle a vocation, comme toutes les formations de la gendarmerie nationale, à « *participer à la défense du territoire* ».

La capacité de mobilisation immédiate liée à des missions militaires n'est pas un sujet quotidien pour la gendarmerie départementale, mais il existe. La pluralité de ses missions, combinée à son mode d'organisation, en font ainsi un système très particulier.

### **b) Deuxième terme du litige : l'article 6 de la directive**

La directive contient différentes dispositions en matière de repos journalier, de repos hebdomadaire, de congés et de travail de nuit.

Seul est en litige l'article 6, qui comporte, quant à lui, deux points distincts.

Le premier (a) impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour que la durée hebdomadaire du travail soit limitée.

Le second (b) exige que la durée moyenne de travail pour chaque période de 7 jours n'excède pas 48 h, y compris les heures supplémentaires.

En se référant à des concepts plus franco-français, on pourrait penser que le a) évoque la durée légale du travail quand le b) évoque la durée maximale. En réalité, le a) impose le principe d'une limite maximale et le b) donne le quantum de ce plafond.

Pour en percevoir la portée exacte, il faut tourner quelques pages et atteindre l'article 16 relatif aux périodes de référence, qui décline ces périodes selon les articles. S'agissant de la durée maximale hebdomadaire, les Etats membres peuvent prévoir une période de référence supérieure à la semaine (il s'agit donc d'une moyenne et non d'une valeur absolue indépassable), dans la limite de 4 mois.

Il faut ensuite se référer à l'article 17, relatif aux dérogations applicables article par article. S'agissant de l'article 6, il est ainsi permis de déroger pour certaines professions (cadres dirigeants, main d'œuvre familiale, travailleurs dans le domaine liturgique des églises et communautés religieuses, ainsi que pour les médecins en formation) mais les militaires ne sont absolument pas mentionnés.

La seule dérogation, indirecte, à l'article 6 porte sur la période de référence puisque le point 3 de l'article 17 énumère, en ce sens, une série d'activités dans différents secteurs. Sont ainsi

---

<sup>43</sup> Article L. 211-3 du code de justice militaire

visées, pour ce qui nous intéresse potentiellement, les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, ainsi que les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production.

Enfin, l'article 19 apporte le chiffrage correspondant à cette dérogation possible à la période de référence, dans ces hypothèses, à savoir 6 mois au lieu de 4 mois. Une référence annuelle est même autorisée, mais seulement par la voie de conventions ou d'accords collectifs.

Une dernière dérogation est permise par la logique dite de l'opt-out, prévue à l'article 22<sup>44</sup>, qui suppose un accord individuel du travailleur concerné. Nous nous attarderons peu, cela va de soi, sur les dérogations permises par accord collectif ou par accord individuel dans le contexte qui est le nôtre, de normes définies, le cas échéant, par la voie législative ou réglementaire, mais ni conventionnelle, ni contractuelle.

Au total, la disposition dont la transposition est ici demandée est celle d'une durée maximale hebdomadaire de 48 heures évaluée sur une période de référence d'au plus 6 mois.

Relevons que, s'agissant des salariés comme des fonctionnaires, cette durée est transposée en France avec des règles plus précises : 48 heures de durée maximale hebdomadaire absolue sur une semaine, 44 heures de durée maximale hebdomadaire moyenne sur une période de référence de 12 semaines consécutives, et une possibilité d'aller au-delà notamment en cas de circonstances exceptionnelles, mais avec une limite absolue, pour les salariés, de 60 heures, sur autorisation.

## **2.Ceci étant précisé, deux thèses s'affrontent quant à l'application de cette disposition aux gendarmes départementaux.**

Celle du requérant consiste à plaider pour une application pleine et entière de cet article de la directive aux gendarmes départementaux.

Au-delà de l'argumentation avancée, fondée sur le texte de la directive et son interprétation, deux éléments peuvent selon nous justifier une telle approche.

D'abord, la circonstance que les missions quotidiennes de la gendarmerie départementale sont, pour partie, comparables à celles de la police, ne peut être occultée, même si leur mode d'exercice est en de nombreux points différents, nous y reviendrons.

Ensuite, cette approche peut répondre à une aspiration légitime en termes de repos et de conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle.

A cet égard, on peut relever qu'au Royaume-Uni, une loi a été adoptée en 2018 afin d'améliorer les conditions de travail des militaires et leur compatibilité avec une vie personnelle et familiale. Elle a notamment instauré un régime de temps partiel. Un tel aménagement a été exclu en France, à l'occasion des débats parlementaires sur le statut

---

<sup>44</sup> CJUE, 14 octobre 2010, Günter Fuss, aff. C-243/09

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

général des militaires<sup>45</sup>, malgré la proposition de congé d'éducation formulée par la commission Denoix de Saint Marc.

En revanche, la thèse du requérant sous-estime nettement les difficultés à la fois de principe et d'organisation qu'impliquerait une injonction dans le sens demandé.

A l'opposé, la thèse des ministères des armées et de l'intérieur, fondée sur l'exigence constitutionnelle, insiste d'une part, sur les enjeux de principe liés à l'unité de l'état militaire et à l'exercice de missions militaires y compris pour la gendarmerie, et d'autre part, sur les conséquences organisationnelles, en termes d'implantation sur le territoire et d'effectifs requis.

Cette thèse dispose de certains points d'appui.

D'abord, elle n'est pas incompatible avec l'approche développée dans la jurisprudence French Data Network. Si cette exigence ne doit être activée qu'en dernier recours, nous touchons là, il est vrai, au cœur des missions de l'Etat.

Ensuite, nous ne pouvons que relever que le Conseil constitutionnel a, très récemment, et pour la première fois, usé de la notion d'identité constitutionnelle de la France. Alors qu'il avait, en 2004<sup>46</sup> défini l'étendue de son contrôle de la loi de transposition d'une directive, et précisé, en 2006, (n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006<sup>47</sup>) qu'un acte de droit européen dérivé était inapplicable en France s'il était contraire à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », il vient, quinze ans après, d'identifier un tel principe (décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, Société Air France), s'agissant de l'interdiction de déléguer l'exercice de la force publique à des personnes privées.

Enfin, cette thèse présente l'intérêt de s'inscrire dans une acception globale de la condition militaire et de son unité. Unité du statut, qui forme un tout, fait de sujétions et de compensations. Et unité de l'état militaire, quelle que soit la composante à laquelle appartient un militaire donné. Si la gendarmerie départementale exerce des missions dont la part strictement militaire est, en temps normal, limitée, le statut général a été conçu « en fonctions de ces situations extrêmes, fussent-elles exceptionnelles », comme le souligne le rapport Denoix de Saint-Marc.

Toutefois, cette argumentation ne comporte pas un examen préalable de l'impossibilité de concilier l'exigence constitutionnelle avec le respect du droit de l'Union. Elle retient une approche globalisante pour tous les militaires, ce qui se conçoit en termes de préservation de l'unité, mais ne permet pas de prendre en compte les activités effectivement exercées et leur finalité.

---

<sup>45</sup> Rapport n° 154 sur le projet de loi portant statut général des militaires

<sup>46</sup> Décision n° 2004-496 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique

<sup>47</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Aucune des deux thèses telles qu'elles sont présentées ne nous paraît ainsi véritablement pouvoir être retenues.

### **3. Il est donc temps d'en venir à l'application pratique de la ligne de conduite résultant de votre jurisprudence French Data Network.**

Ce n'est qu'après l'examen de la nécessité d'user de la clause de sauvegarde que ce qui est opérant doit, le cas échéant, être accueilli. Or, elle n'a pas vocation à être mobilisée, comme nous le disions, dans deux hypothèses qui doivent être vérifiées préalablement : soit si l'objet de la demande est, sans nul doute, exclu du champ d'application de la directive, soit si la transposition est déjà suffisante, sans modification de l'état du droit.

#### **a) La première question appelle, selon nous, une réponse négative, même si elle n'est pas sans complexité. Les missions de la gendarmerie relèvent-elles des exceptions posées par la Cour de justice ?**

Si certaines exceptions, que nous avons présentées, prêtent à interprétation, elles ne nous paraissent tout de même pas concerner la gendarmerie départementale dans son ensemble. Pour quatre raisons.

La première est que la Cour a expressément cité les activités telles que le maintien de l'ordre comme relevant, en principe, du champ de la directive, même si elle a précisé que tel devait être le cas lorsqu'elles étaient exercées dans des conditions similaires à des travailleurs civils.

En outre, même si la comparaison avec la gendarmerie comporte des limites, en termes de statut, de missions et d'organisation<sup>48</sup>, la Cour avait déjà pris une position n'autorisant pas une exclusion globale s'agissant de la Guardia civil espagnole.

La deuxième est liée au raisonnement matériel de la Cour, par activité. Cette approche n'interdit pas totalement - du moins c'est la lecture que nous vous proposerions - des conséquences organiques. Si l'activité d'une composante militaire correspond intégralement à l'une des exceptions énumérées, alors cette dernière pourrait être exclue dans sa totalité du champ d'application. Disant cela, nous pensons à l'exception tenant en particulier aux opérations militaires qui devrait être prise en compte pour les armées, ou à l'exception fondée sur l'interdépendance, pour les forces chargées du soutien ou par exemple pour la gendarmerie prévôtale<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> L'article 21 de la loi organique du 22 octobre 2007(11/2007) prévoit (i) que les gardes civils peuvent être autorisés à loger dans une autre commune que celle d'affectation et (ii) qu'ils doivent seulement communiquer leur domicile au service pour être localisable. Le décret royal 271/2018 dispose qu'un garde civil doit fixer son domicile dans son logement de fonction seulement lorsqu'il en accepte l'attribution (article 3 (3))

<sup>49</sup> La gendarmerie prévôtale pourrait, nous semble-t-il, relever de l'exception relative aux opérations militaires elles-mêmes ainsi que de celle relative à l'interdépendance

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

De plus, s'ajoutant à ces exceptions posées par la Cour, la notion d'activités spécifiques mentionnées à l'article 2 de la directive « santé-sécurité », certes interprétées strictement comme nous l'avons dit, pourrait toutefois fonder une exclusion de certaines composantes de la gendarmerie telles que les gendarmeries spécialisées ou la gendarmerie mobile, qui exercent bien des activités spécifiques.

En revanche, les missions exercées majoritairement par la gendarmerie départementale ne nous paraissent pas, au regard de la lecture « in concreto » qui doit en être faite et malgré une militarité prégnante, pouvoir justifier son exclusion « en bloc ».

Ainsi, si la Cour indique que « tous les militaires appelés à prêter leur concours aux opérations impliquant un engagement militaire des forces armées d'un Etat membre »<sup>50</sup> exercent une activité devant être exclue, cette exclusion vise l'activité et non les militaires chargés notamment ou potentiellement de l'exercer. Ainsi, les activités exercées dans le cadre de la défense opérationnelle du territoire ont vocation à être exclues, mais cela ne signifie pas, d'après notre lecture, que les gendarmes susceptibles d'y concourir le seraient de façon permanente pour toutes leurs missions.

La troisième raison tient à ce que les exceptions susceptibles d'être sollicitées par activité revêtent, qui plus est, une acception assez stricte par la Cour.

Ainsi, d'une part, l'interdépendance suppose un lien concret avec les opérations militaires et non seulement susceptible de l'être en application des textes. Les services de soutien en relèvent ainsi plus directement.

D'autre part, la rotation ne vise pas un simple changement d'équipe qui serait rendu difficile et pourrait s'appliquer aux brigades, car la difficulté se résout potentiellement en termes d'effectifs, sans être une impossibilité aux yeux de la Cour. Elle a illustré positivement la notion de rotation s'agissant du cas - on ne peut plus particulier – des parents d'accueil (CJCE, grande chambre, 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanta, aff. C-147/17).

Enfin, la gendarmerie départementale exerce évidemment des activités liées à des circonstances exceptionnelles, mais elles ne sont, par essence, pas une caractéristique permanente.

Quatrième et dernière raison, les ministres eux-mêmes vous écrivent que les exclusions prévues par la Cour ne concernent « qu'une partie très minoritaire » des effectifs de la gendarmerie.

Il nous paraît ainsi délicat d'estimer que la gendarmerie départementale, dans son ensemble et dans toutes ses activités, relève des exceptions posées par la Cour de justice.

**b) Nous en venons donc au deuxième travail de vérification : comment est aujourd'hui organisé le temps d'activité des gendarmes départementaux au regard de l'objectif de durée maximale ?**

---

<sup>50</sup> Point 77

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*



La nécessité, que nous précisons en préambule, que vous analysiez les textes en vigueur à la date à laquelle vous statuez n'est pas sans importance en l'espèce, compte tenu du caractère très récent de certains d'entre eux, que nous allons maintenant aborder.

En réponse aux questions posées par une mesure supplémentaire d'instruction adressée par votre 7<sup>ème</sup> chambre, les ministères ont apporté différentes informations importantes et vous ont notamment communiqué les quatre textes qui structurent le temps des gendarmes ou, plus exactement, les repos des gendarmes.

Une instruction générale datant du 8 juin 2006 apporte un cadre général relatif aux positions de service et au repos journalier, puis viennent trois instructions de 2013, 2019 et mars 2021, respectivement relatives aux repos, aux permissions, congés et autorisations d'absence et, en dernier lieu, aux quartiers libres.

Précisons que la circonstance que ces circulaires ne soient pas publiées n'emporte pas la conséquence qu'elles soient réputées abrogées puisqu'elles ont un caractère réglementaire, ce qui les place hors du champ des dispositions du code des relations entre le public et l'administration emportant de tels effets (25 novembre 2021, M. Baillon, n° 450258, aux Tables).

Leur examen et leur prise en compte est essentielle, au regard de l'exigence de la Cour imposant que les dispositions d'une directive soient mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requises, afin que soit satisfaite l'exigence de sécurité juridique » (arrêt *Guardia civil* précité). La nécessité d'un « cadre juridique clair, précis et non équivoque » pour assurer la transposition est régulièrement rappelée par la Cour (arrêt *Commission c/ Grèce* du 23 décembre 2005<sup>51</sup>), notamment s'agissant de la directive temps de travail.

La Cour ne s'intéresse toutefois pas au rang normatif précis des mesures de transposition, mais rejette des « simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate ». La circonstance que les textes que nous allons aborder soient des instructions prises au titre du pouvoir réglementaire Jamart ne pose donc pas de difficulté.

Les militaires d'active de la gendarmerie sont répartis en cinq types de ressources, qui traduisent une forme de gradation dans le lien à l'emploi : d'abord, la ressource employée (en activité), ensuite, la ressource immédiatement employable (astreinte immédiate) et la ressource dite complémentaire (astreinte dite sous délai, ce délai étant par défaut de 2 heures), enfin, la ressource différée (autorisation d'absence ; quartier libre, repos hebdomadaire, permission). La ressource dite « non employable » concerne les militaires bénéficiaires d'un congé de maladie, en position de non-activité<sup>52</sup> ou suspendus de leurs fonctions.

---

<sup>51</sup> CJUE, 23 décembre 2015, *Commission européenne contre République hellénique*, aff. C- 180/14 avec renvoi à arrêt *Commission/ Irlande*, C-87/14

<sup>52</sup> congé de longue maladie, congé parental, par exemple

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

S'agissant des droits au repos, trois éléments principaux ressortent des instructions :

- 1- un gendarme bénéficie d'un repos quotidien de 11 heures et d'un repos hebdomadaire de 48 heures, sous certaines conditions et avec notamment un repos compensateur prévu en cas de réduction ou non-attribution du repos quotidien ;
- 2- il a droit à des permissions (permissions de longue durée, similaires à des congés annuels, à hauteur de 45 jours par an, en application de l'article R. 4138-19 du code de la défense, soit 9 semaines, et permissions pour événements familiaux principalement<sup>53</sup>), ainsi qu'à des autorisations d'absence, octroyées afin de concilier vie professionnelle et personnelle ;
- 3- il bénéficie de « quartiers libres », soit des périodes de non-emploi, correspondant à des demies-journées ou à des nuits entières, l'octroi de deux quartiers libres nocturnes par semaine étant la règle.

Ces temps ne sont toutefois pas nécessairement exclusifs les uns des autres : le quartier libre nocturne peut valoir aussi repos quotidien. A l'inverse, le repos peut être aussi une période d'astreinte.

De ces textes, il est possible de déduire un temps total de repos garanti. Il correspond à l'addition de 5 repos quotidiens de 11h (55h), du repos hebdomadaire (48 h), et des quartiers libres, en ne tenant toutefois compte que du différentiel entre les quartiers libres et ce qui n'est pas déjà décompté au titre du repos (c'est-à-dire 3 h de plus que 11h, le quartier libre étant de 14 h, et ce deux fois par semaine, soit  $3 \times 2 = 6$  h à ajouter). On parvient à un temps minimal de repos garanti de  $(55 + 48 + 6)$  soit 109 heures. Si l'on déduit ce temps de repos minimal garanti du temps total correspondant à une semaine (168 h), on parvient à un temps d'activité maximal, ou plus exactement un temps sans repos garanti, de 59 heures.

Il ne s'agit là que d'un temps maximal théorique : comme pour tout travailleur, le repos réel est en effet supérieur au repos minimal. Ainsi, un travailleur soumis à une organisation classique dispose à la fois de 55 h de repos quotidien et de 48 h de repos hebdomadaire, soit 103 heures de repos garanti, et sa durée maximale hebdomadaire est de 48h, soit au total 151 heures, ce qui montre bien l'existence d'un « gap » avec les 168h de la semaine. Cela s'explique très simplement par le fait que le temps de repos ainsi décompté est un minimum et que le repos effectif est supérieur.

Ces écarts ne peuvent, en tout cas, pas être dus à des temps gris ou intermédiaires. Au terme de la directive et de la jurisprudence de la Cour (son arrêt Simap en particulier<sup>54</sup>), ce qui n'est pas du travail est du repos et réciproquement. Ces périodes sont « exclusives l'une de l'autre »<sup>55</sup>.

C'est pourquoi des temps particuliers tels que les astreintes doivent se prêter à un exercice de qualification, pour les ranger soit du côté du travail, soit du côté du repos.

---

<sup>53</sup> Il existe aussi des permissions d'éloignement et des congés de fin de campagne

<sup>54</sup> 3 octobre 2000, Simap, C-303/98

<sup>55</sup> Voir notamment point 30 de l'arrêt de grande chambre du 9 mars 2021

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Or, cette question est fondamentale pour la gendarmerie départementale, dont les astreintes structurent véritablement l'organisation, du fait notamment de la vie en caserne.

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé sa jurisprudence relative aux astreintes à plusieurs reprises, d'abord avec les arrêts Simap et Jaeger<sup>56</sup>, et, plus récemment, à trois reprises fois en 2021, par deux arrêts du 9 mars<sup>57</sup>, par l'arrêt du 15 juillet lui-même et par un dernier arrêt du 11 novembre<sup>58</sup>.

Cette jurisprudence, subtile, manie plusieurs critères. En substance, la qualification d'une astreinte en temps de travail résulte d'un faisceau d'indices permettant d'apprécier le degré de sollicitation et le degré de liberté du travailleur (délai requis pour intervenir, fréquence moyenne des sollicitations, possibilité de gérer son temps).

Le lieu d'exercice de l'astreinte n'est pas présenté comme le seul critère déterminant, car il se combine toujours avec cet examen des conditions de l'astreinte, mais il conduit quand même plutôt, nous semble-t-il, à une position de principe inversée. Si l'astreinte est effectuée sur le lieu de travail et non au domicile (exemple d'une garde au sein d'un hôpital), le principe est plutôt que l'astreinte constitue du temps de travail<sup>59</sup>, sauf si. A l'inverse, si l'astreinte est effectuée au domicile, le principe est plutôt qu'elle n'est pas du temps de travail, sauf si. Ainsi, la Cour retient que si le travailleur est à son domicile, la seule circonstance qu'il soit tenu d'y demeurer afin de pouvoir, en cas de besoin, être disponible pour son employeur ne suffit pas à qualifier l'astreinte de temps de travail au sens de la directive 2003/88<sup>60</sup>.

Les astreintes des gendarmes départementaux sous délai de 2 heures nous paraissent ainsi, au regard de la jurisprudence de la Cour relative au délai d'intervention, ne pas constituer du temps de travail. L'appréciation inverse a été retenue par la Cour lorsque le délai était compté en minutes<sup>61</sup>. La Cour a même, par son arrêt du 11 novembre dernier, estimé que des astreintes imposant pourtant à un sapeur-pompier réserviste de rejoindre sa caserne dans un délai de 10 minutes seulement, pouvaient être exclues du temps de travail au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce.

Les astreintes immédiates des gendarmes départementaux relèvent moins d'une telle évidence. Un délai de réponse de quelques minutes a ainsi conduit la Cour (CJUE, 21 février 2018, Ville de Nivelles c/ Matzak, aff. C- 518/15, s'agissant d'une garde à domicile), tout comme vous (CE, 19 décembre 2019, SDIS du Loiret, n°s 426031, 428635, aux Tables sur un autre point), à retenir la qualification de temps de travail.

Toutefois, la Cour a précisé, dans ses arrêts les plus récents, que l'impact du délai devait être évalué au terme d'une appréciation concrète tenant compte de l'équilibre entre les autres

<sup>56</sup> 9 septembre 2003, Jaeger, C-151/02

<sup>57</sup> CJUE, grande chambre, 9 mars 2021, RJ c/ Stadt Offenbach am Main, aff. C-580/19 et D.J c/ Radiotelevizija Slovenija, c. 344/19

<sup>58</sup> CJUE, 11 novembre 2021, MG c/ Dublin City Council, aff. C-214-20

<sup>59</sup> Point 44 de l'arrêt de grande chambre du 9 mars 2021, RJ, précité

<sup>60</sup> Point 43 de l'arrêt de grande chambre du 9 mars 2021

<sup>61</sup> Point 47 de l'arrêt de grande chambre du 9 mars 2021

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

contraintes imposées et les facilités existantes pendant le temps d'astreinte<sup>62</sup>, en renvoyant souvent l'appréciation, au regard de l'ensemble des circonstances, aux juridictions nationales.

Rappelons d'abord que, sur le plan des sujétions, l'astreinte d'un gendarme départemental répond à une singularité majeure. Elle est absolument indispensable dans l'organisation actuelle de la gendarmerie pour lui permettre de répondre à l'ensemble de ses missions et de satisfaire l'exigence de disponibilité.

Cette spécificité se traduit aussi par des compensations permettant de combiner ces astreintes avec une vie personnelle. Les ministres vous indiquent, en réponse à la mesure d'instruction, que « le lieu d'astreinte immédiate du gendarme est systématiquement son domicile, qui est son logement concédé par nécessité absolue de service ». Cette information n'est d'ailleurs pas contestée et elle résulte de l'annexe II de l'instruction du 8 juin 2016<sup>63</sup>.

La circonstance que les astreintes soient effectuées à domicile, et à un domicile très particulier qui est la caserne, est un élément essentiel dans notre appréciation. Loger en caserne est une obligation pour les officiers et sous-officiers de la gendarmerie<sup>64</sup>. Il s'agit d'une concession de logement par nécessité absolue de service<sup>65</sup>. Ce logement est ainsi concédé à titre gratuit<sup>66</sup> et à proximité du lieu de travail. Etant à domicile, le gendarme n'est pas « éloigné de son environnement social et familial », considération prise en compte par la Cour, comme elle l'a rappelé y compris dans son arrêt du 15 juillet dernier<sup>67</sup>.

A cet égard, si le logement peut, dans des cas strictement prévus, être situé hors de la caserne, ceci résulte alors d'un choix personnel du gendarme<sup>68</sup>, ce qui ne conduit pas à modifier notre appréciation de l'existence d'une compensation, la Cour de justice tenant compte d'une telle circonstance résultant du libre choix<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> Point 48 de l'arrêt de grande chambre du 9 mars 2021

<sup>63</sup> Le tableau en annexe II prévoit que toutes les astreintes immédiates des officiers et sous-officiers sont exercées « à résidence », (hormis le cantonnement pour la gendarmerie mobile), à l'exception des permanences de soutien opérationnel, qui ne concerne toutefois que les gendarmes adjoints volontaires, ainsi que les officiers des corps techniques et administratifs et les sous-officiers du corps de soutien technique et administratif, lesquels ne sont pas dans le champ de la concession de logement par nécessité absolue de service.

<sup>64</sup> Article L. 4145-2 du code de la défense et instruction n° 35000 du 13 décembre 2018 relative à la concession d'un logement par nécessité absolue de service des militaires de la gendarmerie

<sup>65</sup> Article R. 2124-65 du code général de la propriété des personnes publiques

<sup>66</sup> Article L. 4145-2 du code de la défense

<sup>67</sup> Point 93 de l'arrêt du 15 juillet 2021

<sup>68</sup> D'après le rapport de la Cour des comptes (*Le bilan du rattachement de la gendarmerie au ministère de l'intérieur, mai 2021*), le parc de logements concédés par nécessité absolue de service comprend près de 76 000 logements familiaux. Près de 85 % correspondent à des logements en caserne, le différentiel étant constitué d'une part, des ensembles immobiliers locatifs hors caserne pour environ 2 % et d'autre part, des prises à bail individuelles hors caserne, pour près de 13%) (rapport C. Comptes). Ces chiffres concernent les officiers et sous-officiers de la gendarmerie.

<sup>69</sup> Instruction du 13 décembre 2018, point 5.4 et point 42 de l'arrêt RJ du 9 mars 2021, renvoyant à l'arrêt C-344/19

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Ensuite, la sollicitation en vue d'une intervention ne se fait que dans un second temps. Sont d'abord appelés les gendarmes de la ressource dite employée (en service), a fortiori dans le cadre d'une organisation en communauté de brigades, puis viennent les « premier à marcher » - les PAM - c'est-à-dire ceux sous astreinte immédiate, ce qui est de nature à réduire la fréquence moyenne des sollicitations.

L'organisation des astreintes est ainsi spécifique aussi bien dans sa nécessité absolue pour répondre aux circonstances les plus diverses auxquelles doit faire face la gendarmerie (accidents de la route, violences familiales, etc.) que dans son intégration très particulière dans la vie du gendarme afin de préserver une forme de conciliation avec sa vie familiale et personnelle.

**Nous vous proposons donc de considérer que les astreintes, y compris immédiates, telles qu'elles existent dans la gendarmerie départementale ne doivent pas être prises en compte pour apprécier le respect de l'objectif fixé par l'article 6,** (dès lors qu'elles sont effectuées au domicile<sup>70</sup>), sous réserve évidemment du temps d'intervention en cas de sollicitation.

Une telle qualification des astreintes pour des militaires ne constituerait pas une position isolée de la France. Ainsi, l'Audience nationale espagnole a jugé récemment que « les périodes pendant lesquelles le travailleur reste à la disposition de l'employeur, mais en dehors du lieu de travail ne peuvent pas être considérées comme du temps de travail effectif »<sup>71</sup> et elle s'est notamment appuyée sur une telle interprétation des astreintes pour estimer que la réglementation nationale des forces armées ne violait pas la directive temps de travail.

Ce traitement des astreintes emporte, si vous nous suivez, deux types de conséquences.

D'une part, les diverses formes de repos que nous évoquions précédemment doivent bien recevoir la qualification de repos au sens de la directive, quand bien même une astreinte s'y superpose.

D'autre part, la réponse à la mesure d'instruction a permis de prendre connaissance de deux chiffres importants en termes de temps effectif constaté : d'une part, le temps d'activité moyen hebdomadaire du gendarme est de 40h (et 4 minutes) par semaine, d'autre part, le temps d'astreinte est de 52 h<sup>72</sup> en moyenne par semaine (toutes astreintes confondues). Or, une partie de ces astreintes se superpose au temps de repos journalier, sauf pendant les deux quartiers libres nocturnes « sanctuarisés »<sup>73</sup>. Il s'en déduit donc un temps d'astreinte ne tombant pas en même temps que le repos journalier de 19 heures, ce qui correspond à la différence entre le temps moyen d'activité constaté (40 h) et le temps maximal d'activité résultant des textes sur les repos (59 h)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Ou si un autre domicile résulte du seul choix du gendarme, comme évoqué précédemment

<sup>71</sup> Décision SAN 2739/2018 du 6 juin 2018 et SAN 2755/2018 du 20 juin 2018

<sup>72</sup> 52h55

<sup>73</sup> soit 33 h sur les 52 h 55 d'astreinte fixée pendant des repos

<sup>74</sup> Ou dit autrement, une addition de trois éléments - un temps d'activité de 40h, un temps d'astreinte hebdomadaire moyen de 52 h et un temps de repos garantis sans astreinte de 76 h (2 nuits de QL de 14 h et 48 h

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Ainsi, que ce soit par une logique d'entonnoir (on déduit du temps total de la semaine des temps de repos et d'astreinte) ou par une logique d'empilement (on ajoute les trois catégories de temps : activité, astreinte hors repos, repos), on aboutit à une identification du temps d'activité des gendarmes départementaux hors astreinte.

Ces calculs comportent certaines limites, mais ils présentent l'intérêt de vérifier que la répartition des temps constatés (activité, astreinte, repos) est en cohérence avec les temps résultant d'un calcul théorique et permettent de déduire le respect de l'objectif de 48 h de durée maximale hebdomadaire moyenne.

D'ailleurs, les ministres affirment que les objectifs de l'article 6 peuvent être considérés comme atteints. Le directeur général de la gendarmerie nationale, dans sa réponse au requérant, indique également que les règles existantes « imposent notamment à chaque échelon territorial de commandement, dans le cadre du service normal, de s'assurer que la durée hebdomadaire d'activité soit inférieure au plafond fixé par l'article 6 ».

Cette garantie résulte seulement pour partie des textes. Mais nous pensons important, pour apprécier ici l'atteinte de l'objectif, de tenir compte de deux éléments, qui contribuent à dessiner un faisceau d'indices composé de plusieurs garanties. Cette prise en compte de la pratique n'est, dans notre esprit, possible que parce que l'organisation militaire est guidée par la notion de disponibilité, et elle ne saurait donc être retenue pour les travailleurs civils, salariés ou fonctionnaires, pour lesquels la garantie d'une durée maximale doit nécessairement résulter d'un texte normatif.

Premièrement, si la notion de décompte positif du temps de travail ne fait pas partie du logiciel des gendarmes, si vous nous permettez l'expression, ce logiciel au sens propre existe. Il s'agit du logiciel dit Pulsar service. A l'origine conçu pour planifier l'activité, il permet de décompter le temps d'activité individuel des gendarmes. Si la Cour de justice impose que la durée du temps de travail soit mesurée sauf à « vider de leur substance les droits consacrés » notamment à l'article 6, ce qui passe par un « système objectif, fiable et accessible » permettant une telle mesure journalière, elle reconnaît une marge d'appréciation aux Etats membres pour définir les modalités concrètes de mise en œuvre d'un tel système, en tenant compte des particularités propres au secteur d'activité concerné (CJUE, 14 mai 2019, Federacion de Servicios de Comisiones obreras (CCOO), aff. C-55/18)<sup>75</sup>. Le logiciel Pulsar permet ainsi d'assurer une telle mesure.

Deuxièmement, cette garantie quant à l'atteinte de l'objectif résulte d'un équilibre plus global. A cet égard, le temps accordé au titre des permissions est un élément important. Toutefois, la rigueur ne permet pas d'en tenir compte dans nos calculs préalables, pour deux raisons. La première est juridique : les congés légaux ne doivent pas être inclus dans le calcul du plafond

---

de repos hebdomadaire) – conduit à un total de 168 heures

<sup>75</sup> La Cour a introduit, par ailleurs, l'idée d'un contrôle de proportionnalité s'agissant de l'obligation, pour l'employeur, de fournir à l'autorité nationale compétente en matière de surveillance des conditions de travail un accès au registre du temps de travail (30 mai 2013, Worten – Equipamentos para o lar SA, aff. C-342/12)

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

hebdomadaire, en application de l'article 16 de la directive. Et ceci se comprend aisément : un travailleur n'a pas à « payer » le prix de 4 semaines de congés payés comptant pour zéro heure en effectuant des semaines à 80 h ! Cette prise en compte viderait de substance l'idée même de congés légaux et de durée maximale même moyenne. La Cour n'a certes pas tranché expressément la question de savoir si des congés supplémentaires par rapport au minimum de 4 semaines devaient recevoir le même traitement, mais nous pensons plutôt qu'elle jugerait en ce sens dès lors qu'une qualification de congé légal est conférée. Un congé légal n'est pas, en un mot, un repos compensateur.

Le second élément de rigueur, plus mathématique, tient à ce que, à supposer qu'on les déduise en partie, rien ne garantit que ces permissions soient prises sur un semestre donné. Or la période de référence est d'au plus 6 mois.

Sans les intégrer directement, ces permissions de 9 semaines, tout comme les autorisations spéciales d'absence délivrées par ailleurs, apportent de la souplesse dans l'organisation et sont des éléments de nature à assurer un équilibre.

En outre, l'état d'esprit militaire vise à préserver la santé des militaires, dans un souci de protection mais aussi légitimement opérationnel. Tout chef, aux termes de l'article D. 4122-2, « (...) porte attention aux préoccupations personnelles des subordonnés et à leurs conditions matérielles de vie (...). Le Haut Comité d'évaluation de la condition militaire se vit d'ailleurs aussi comme une forme de garant des conditions de travail des militaires.

Par ailleurs, certaines activités auraient, en tout état de cause, vocation à être exclues de l'application de la directive au regard, d'abord, des quatre exceptions précédemment évoquées. Notre examen est donc construit sur une hypothèse haute, qui ne tient pas compte de ce que, dans les temps du gendarme, certaines activités qui seraient, le cas échéant, qualifiées d'interdépendantes ou relevant de circonstances exceptionnelles devraient, en tout état de cause, être déduites.

En outre, nous rappelons que la Cour a estimé que les activités de maintien de l'ordre ou de poursuite des infractions relevaient en principe du champ d'application, en précisant « lorsqu'elles sont exercées, dans des conditions similaires, par des travailleurs de la fonction publique n'ayant pas le statut de militaires ». Or, outre toutes les autres spécificités déjà évoquées, le mode d'intervention de la gendarmerie en cas de crise témoigne de ce que ces missions ne sont pas exercées dans de telles « conditions similaires ». Nous pensons par exemple aux crises naturelles, telles que l'ouragan Irma en 2017, qui a conduit à la mobilisation de 780 gendarmes, ou à des crises sociales, telles que des moments forts de la crise des « gilets jaunes », pendant laquelle, par exemple, le 8 décembre 2018, plus de 60 000 gendarmes ont été engagés.

**Au total, la conjonction de trois éléments - les textes, les éléments résultant de l'instruction et la spécificité des astreintes - nous conduit à considérer que l'objectif défini à l'article 6 de la directive est respecté, et ce, sans vous proposer d'enjoindre au ministre de prendre un acte supplémentaire, au regard des garanties existantes et d'une**

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**spécificité réelle, due à la concrétisation du principe de disponibilité, que nous pensons nécessaire et justifié de préserver.**

Il nous semblerait peu proportionné d'imposer une norme écrite positive sur la durée maximale du travail des gendarmes, au regard de la désorganisation susceptible d'en résulter, dès lors que les éléments dont vous disposez vous permettent de considérer que l'objectif fixé par la directive est respecté<sup>76</sup>. C'est d'ailleurs cette préoccupation au fond qui est consacrée à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>77</sup>.

Il nous paraît ainsi nécessaire d'assurer là aussi une forme de conciliation entre, d'une part, la singularité de l'organisation de la gendarmerie et, d'autre part, le respect effectif des objectifs en termes de préservation de la santé.

Disant cela, nous ne vous proposons pas d'effectuer une forme de transposition prétorienne des règles de la directive. Nous vous proposons seulement de constater que les objectifs de l'article 6 de la directive sont, en tout état de cause, respectés.

**Cet examen auquel nous nous livrons vous dispense, en l'espèce, de faire application de la clause de sauvegarde constitutionnelle** : vous n'en avez pas besoin s'agissant de l'objectif de durée maximale hebdomadaire pour la gendarmerie départementale. Il n'y a donc pas de raison d'user d'une faculté que vous avez très clairement conçue comme devant être maniée de façon exceptionnelle, en la conditionnant à une stricte nécessité.

L'examen auquel nous avons procédé ne trouverait probablement pas des solutions identiques s'agissant d'autres composantes des forces armées, vous l'avez compris, soit parce qu'elles bénéficieraient des exceptions, soit parce que la vérification du respect de l'objectif aboutirait à un résultat différent. Et, y compris pour la gendarmerie départementale, cet examen ne vaut que pour l'article 6 de la directive, qui correspond au litige qui vous est soumis. D'autres dispositions actuelles ou à venir, le cas échéant, ne conduiraient pas nécessairement à la même solution.

En conséquence, l'exigence constitutionnelle, que nous avons présentée comme opérante, est susceptible d'être mobilisée - sauf à ce que cette activation soit, par ailleurs, rendue inutile du fait d'une renégociation de la directive - lorsque la libre disposition de la force armée et son corollaire, la disponibilité, seraient susceptibles d'être malmenées, si ni l'usage des exceptions posées par la Cour, ni le constat de la conformité en droit interne, ne conduisaient à en garantir le respect et l'effectivité. C'est aussi la raison pour laquelle nous pensons que cette exigence constitutionnelle doit recouvrir l'ensemble des forces armées.

---

<sup>76</sup> Même si cet article ne peut fonder notre raisonnement pour les raisons déjà indiquées, nous relevons que cette prise en compte du respect des objectifs de la directive est envisagée pour les activités spécifiques définies à l'article 2 de la directive santé.

<sup>77</sup> Article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « 1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. / 2. Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*



Au total, nous vous proposons de vous inscrire résolument dans une logique de conciliation entre, d'une part, cette exigence constitutionnelle, que vous aurez affirmée, en clarifiant son contenu et sa portée pour votre contrôle, et, d'autre part, le respect du droit de l'Union, dont l'objectif analysé s'avère, après examen, être respecté.

« *C'est (...) cette voie moyenne que nous vous proposons de suivre. (...) il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges* ». Ces mots sont ceux prononcés, à ce pupitre, il y a plus de 40 ans, par le Président Genevois<sup>78</sup>. Nous les faisons nôtres aujourd'hui.

**Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.**

---

<sup>78</sup> Assemblée, 22 décembre 1978, Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit, n° 11604, au Recueil

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*