

LES NOTES DU CREOQN

Centre de Recherche de l'École des Officiers de la Gendarmerie Nationale

Numéro 75 - Juillet 2022

Jérôme MILLET



ORGANISATION DE LA GENDARMERIE DÉPARTEMENTALE À L'AUNE DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LE TEMPS DE TRAVAIL, DÉCISION DU CONSEIL D'ÉTAT¹

1. « Sur ce sujet du temps de travail, je dirai aussi très clairement que ma détermination est complète pour qu'aussi bien la gendarmerie que les militaires de manière plus générale, ne soient pas concernés par la directive bien connue. Les choses sont claires, notifiées à qui de droit et seront portées jusqu'à leur terme ». Quand on sait que « la compétence réelle »² en matière de défense est exercée par le chef de l'État en dépit de l'équivoque constitutionnelle originelle liée à la rédaction des articles 15³ et 21⁴ de la Constitution, on mesure l'importance de cette déclaration du Président de la République à l'occasion de son discours prononcé le 18 octobre 2017 devant les forces de sécurité intérieure, pour faire échapper les militaires à l'application de la [directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003](#) du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Pour un étudiant en droit, cette déclaration n'a finalement rien d'étonnant, lui qui sait l'état militaire singulier⁵ et qui a appris, auprès de Maurice Hauriou, le principe de subordination de la force armée au pouvoir civil, en tant qu'« il faut que la force armée soit à la disposition du gouvernement civil, qu'elle lui soit subordonnée et obéissante, que celui-ci dispose librement de son emploi »⁶.

I) Une posture politique rattrapée par les considérations juridiques

2. Pour autant, la « mise au pas européenne »⁷ a bien eu lieu avec la décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en date du 15 juillet 2021 : « C'est un coup de Trafalgar que subit l'armée française »⁸ puisque le gouvernement français (et espagnol) s'était joint, comme la procédure juridictionnelle européenne le permet, à ce contentieux, permettant ainsi à la Cour de se prononcer sur les questions de principe posées par les autres États et a balayé le volontarisme affiché du chef de l'État au point qu'il est possible d'affirmer que les militaires des États membres de l'Union européenne sont soumis à la directive 2003/88/CE, sauf, il est vrai, dans certaines conditions expresses. Dans la continuité de cette décision, le Conseil d'État s'est prononcé, dans l'espèce chroniquée, sur l'applicabilité de la directive à la gendarmerie départementale⁹. Or, il n'est pas anecdotique de relever que la veille de la décision commentée du Conseil d'État, statuant en Assemblée du contentieux, sa formation la plus solennelle, et

1 Conseil d'État, Assemblée, 17 décembre 2021, n° 437125, Publié au recueil Lebon. Disponible sur :

https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000044516277?init=true&page=1&query=437125&searchField=ALL&tab_selection=all

2 GOHIN Olivier. Les fondements juridiques de la défense nationale. *Droit et Défense*, 1993/1, p. 7.

3 « Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale ».

4 Le Gouvernement « dispose (...) de la force armée ».

5 GRANGER Marc-Antoine, « L'état militaire dans la jurisprudence constitutionnelle », in D. CUMIN et Th. MESZAROS (dir.) *Annuaire 2021 du droit de la sécurité et de la défense*, 2021, p. 71.

6 HAURIOU Maurice. *Principes de droit public*. Librairie de la société du recueil Sirey, 1916, p. 442.

7 VIDELIN Jean-Christophe, note sous CJUE, 15 juillet 2021, aff. C-742/19, *B.K. c./ République de Slovaquie*, *Droit administratif*, octobre 2021, p. 26.

8 VIDELIN Jean-Christophe. *Les militaires et la pointeuse* [en ligne]. Disponible sur : <https://blog.leclubdesjuristes.com/les-militaires-et-la-pointeuse/>

9 LE CORRE Mireille, concl. sous CE, Ass., 17 déc. 2021, n° 437125, *RFDA*, 2022, p. 117 ; MAINGUY Daniel. Le temps de travail des gendarmes... et des militaires : fin du débat. *Recueil Dalloz*, 2022, p. 444.

pour la dernière fois sous la présidence de M. Lasserre, le Gouvernement publiait une réponse à la question parlementaire se terminant par ces mots : « Conformément aux orientations données par le Président de la République, le Gouvernement est déterminé à répondre à cet arrêt de la CJUE par le droit »¹⁰.

II) Un coup de Trafalgar porté par la Cour de justice de l'Union européenne

3. Cette position juridictionnelle a été posée en ces termes par la CJUE : « Bien qu'il appartienne aux seuls États membres de définir leurs intérêts essentiels de sécurité et d'arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, y compris les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées, le seul fait qu'une mesure nationale a été prise aux fins de la protection de la sécurité nationale ne saurait entraîner l'inapplicabilité du droit de l'Union européenne et dispenser les États membres du respect nécessaire de ce droit »¹¹. Les militaires ne sont donc pas exclus, par principe, du respect des règles européennes sur le temps de travail au motif que cela porterait sur les modalités d'organisation des forces armées des États.

4. Or, cette position, si elle n'allait pas de soi, n'est pas surprenante. Elle n'allait pas de soi puisque l'article 4 du Traité sur l'Union européenne énonce que l'Union « respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ; en particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ». Elle n'est pas surprenante si l'on se rappelle les arrêts *ADEFDROMIL c/France* et *Matelly c/France*¹² qui prononcent, l'un et l'autre, la condamnation de la France pour violation de l'article 11 de la Convention¹³ sur la liberté d'association, et qui auront conduit à la création des associations professionnelles nationales de militaires¹⁴, malgré les arguments des États fondés sur la spécificité du statut et de l'emploi des militaires. De même, le juge européen a déjà eu à interpréter la directive 2003/88 pour déterminer la conformité des dispositions régissant le temps de travail des policiers (CJUE, 11 avril 2019, aff. C-254-18, *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure* ; *AJDA*, 2019, p. 838, M.-C. de Montecler) et le Conseil d'État a lui-même appliqué la directive aux sapeurs-pompiers professionnels (CE, 9 juin 2000, n° 438418, *SDIS de la Moselle* ; *JCP A*, 2020, act. 369 ; *JCP A*, 2020, 2290, note X. Prétot). Ces personnels ne sont certes pas des militaires mais les exigences à leur égard en termes de disponibilité et d'imprévu ne sont pas discutables.

III) L'ultima ratio de la Nation aux 35 heures ?

5. Néanmoins, l'application de la règle européenne n'est pas sans nuance. La Cour énonce, en effet, que « si le respect dû par l'Union aux fonctions essentielles de l'État n'implique pas de soustraire intégralement l'aménagement du temps de travail des militaires au champ d'application du droit de l'Union, il n'en demeure pas moins que l'application aux militaires des règles du droit de l'Union relatives à cet aménagement ne soit pas de nature à entraver le bon accomplissement de ces fonctions essentielles ». La Cour de justice de l'Union ajoute que les règles de la directive du 4 novembre 2003 « ne sauraient être interprétées d'une manière telle qu'elles empêcheraient les forces armées d'accomplir leurs missions et qu'elles porteraient atteinte, par voie de conséquence, aux fonctions essentielles de l'État que sont la préservation de son intégrité territoriale et la sauvegarde de la sécurité nationale ». Elle poursuit encore en précisant que l'incidence de l'article 4 du Traité est également susceptible de varier d'un État membre à l'autre : pour la CJUE, en effet, « il s'ensuit que les spécificités que chaque État membre confère au fonctionnement de ses forces armées doivent être dûment prises en considération par le droit de l'Union, que ces spécificités résultent, entre autres, des responsabilités internationales particulières assumées par cet État membre, des conflits ou des menaces auxquels il est confronté, ou encore du contexte géopolitique dans lequel cet État évolue ». On sait que de tous les États européens, la France est le pays engagé le plus massivement sur des théâtres d'opération extérieure.

6. La juridiction européenne, distinguant les activités soumises ou non à la directive, identifie quatre situations exclues du champ d'application de la directive :

10 JO Sénat du 16 décembre 2021, p. 6903.

11 CJCE, grande chambre., 15 juillet 2021, aff. C-742/19, *B.K. c./ République de Slovénie*.

12 CEDH, 2 oct. 2014, req. n° 32191/09 et n° 10609/10.

13 « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État. »

14 GOHIN Olivier. L'association professionnelle dans les forces. In : CONAN Matthieu et THOMAS-TUAL Béatrice (dir.), *L'annuaire français de droit de la sécurité et de la défense*, Mare et Martin, 2016, p. 169 ; VIDELIN Jean-Christophe, Les associations professionnelles nationales de militaires, *JCP A*, 2015, 2346.

- lorsque les membres des forces armées « sont confrontées à des circonstances d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles » ;
- lorsqu'ils disposent de « hautes qualifications ou assument des tâches extrêmement sensibles qui ne peuvent que très difficilement être remplacées par d'autres membres des forces armées, au moyen d'un système de rotation permettant de garantir tout à la fois le respect des périodes maximales de travail et des périodes de repos prévues par la directive 2003/88 et le bon accomplissement des missions essentielles qui leur sont imparties » ;
- lorsque les militaires sont « appelés à prêter leur concours aux opérations impliquant un engagement militaire des forces armées d'un Etat membre, que celles-ci se déploient de façon permanente ou occasionnelle, à l'intérieur de ses frontières ou à l'extérieur de celles-ci » ;
- pendant les périodes de formation initiale et d'entraînement opérationnel.

IV) Le gendarme départemental et la pointeuse

7. C'est sur la base de cette « ligne de crête »¹⁵ tracée par la Cour de justice que le Conseil d'État se voyait demander, par un sous-officier de gendarmerie, d'annuler le refus du ministre de l'Intérieur de transposer à la gendarmerie départementale l'article 6 de la directive 2003/88 qui fixe un plafond de travail de 48 heures par semaine. Le Conseil d'État, statuant en Assemblée du contentieux, a rejeté cette requête « au terme d'un raisonnement en trois temps »¹⁶.

8. Le premier temps, c'est la question liminaire à laquelle le juge administratif a répondu, celle de « l'affrontement potentiel de la norme européenne à la Constitution »¹⁷.

En effet, le 21 avril 2021, dans son arrêt *French Data Network*, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État avait estimé que la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment celle des atteintes à la sécurité des personnes et des biens, la lutte contre le terrorisme, ainsi que la recherche des auteurs d'infractions pénales « ne sauraient être regardées comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution »¹⁸. Pour le juge administratif, la Constitution française demeure la norme suprême et, par conséquent, il lui revient de vérifier que l'application du droit européen ne compromet pas, en pratique, des exigences constitutionnelles qui ne sont pas garanties de façon équivalente par le droit européen. Cette exigence constitutionnelle est, en l'espèce, le principe de nécessaire libre disposition de la force armée, consacré par la décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014 relative à l'exercice des mandats électoraux par les militaires en activité : en application des articles 5 qui fait du Président de la République le chef des armées, 20 et 21 de la Constitution qui énoncent que le Gouvernement dispose de la force armée et que le Premier ministre est responsable de la défense nationale, « le Gouvernement décide, sous l'autorité du Président de la République, de l'emploi de la force armée » (Cons. 9). Dans sa décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015 rendue à propos de la rédaction des arrêts simples, le Conseil précise que le principe de 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 ». En l'espèce, se pose la question de savoir si l'application de la directive de 2003 compromet ce principe qui implique que soit garantie, en tout temps et en tout lieu, la disponibilité des forces armées pour assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au premier rang desquels, l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire. Dans la mise en œuvre de son raisonnement, le Conseil d'État évite cependant une discussion le conduisant sur le terrain du conflit entre bloc de constitutionnalité et droit de l'Union européenne.

9. Dans un deuxième temps, le Conseil d'État recherche si la gendarmerie départementale relève de l'une des quatre exclusions posées par la Cour de justice. Le test est négatif : « Il ne ressort pas des pièces du dossier que les militaires de la gendarmerie départementale, qui constitue une composante des forces armées, exercent dans leur ensemble des activités relevant d'une des exclusions au champ d'application de la directive du 4 novembre 2003 (...) les ministres [de l'Intérieur et des Armées] soutenant d'ailleurs que seule une partie "très minoritaire" des effectifs exerce de telles activités ».

10. Enfin, le Conseil d'État examine si l'organisation de la gendarmerie départementale vient contrarier la règle des 48 heures hebdomadaires de l'article 6 de la directive. Le temps de travail d'un gendarme départemental se décompose en trois temps : le temps de travail effectif, le temps de repos et les astreintes. Pour le Conseil d'État, le temps d'astreinte n'étant pas un temps d'activité, il n'y a pas lieu de le prendre en compte pour apprécier le respect de l'objectif de

15 VIDELIN Jean-Christophe, *op. cit.* note 7, p. 27.

16 Communiqué de presse du Conseil d'État.

17 *JCP A*, 2022, jurisp. 10.

18 CE, ass., 21 avr. 2021, n° 393099, *French Data Network et a.*, Leb., p. 62 ; *JCP A*, 2021, 2223.

l'article 6 de la directive de 2003 : en effet, les astreintes sont effectuées au domicile des gendarmes, leur permettant « d'y disposer librement de leur temps lorsqu'ils ne sont pas mobilisés, ce dans leur environnement social et familial » ; tenus d'occuper un logement en caserne (C. déf., art. L. 4145-2) concédé gratuitement par nécessité absolue de service (Code général de la propriété des personnes publiques, art. R. 2124-67), ils ne sont mobilisés que dans un deuxième temps, en cas de nécessité opérationnelle, cet ordre de priorité étant « de nature à limiter la fréquence des sollicitations ». En conséquence, pour le juge administratif, « dans le cadre de l'équilibre entre les sujétions et les compensations propres à l'état militaire, ces périodes d'astreinte immédiate ne sauraient être regardées, dès lors qu'elles sont effectuées à domicile, comme constituant en totalité du temps de travail ». De plus, le temps moyen d'activité hebdomadaire dans la gendarmerie départementale est en pratique, hors astreintes, de 40 heures environ, et, sauf circonstances exceptionnelles, il ne dépasse pas 48 heures. Le Conseil d'État a, par conséquent, écarté l'argumentation du requérant, sans avoir besoin, du fait de ce rejet, de vérifier si les exigences constitutionnelles de libre disposition de la force armée risquaient d'être compromises par l'application du droit européen.

11. En somme, la question du temps de travail des militaires de la gendarmerie est fondamentale :

– fondamentale pour la sécurité publique : à travailler moins et, par conséquent, à être moins présent sur la voie publique, c'est la sécurité des personnes et des biens qui en pâtit : le préfet Guy Fougier, ancien secrétaire général de la défense nationale et préfet de police, avait pu soutenir qu'« un des facteurs majeurs d'affaiblissement de l'efficacité de toutes les décisions prises depuis un demi-siècle (...) paraît résider dans la réduction du temps de travail »¹⁹ des policiers ;

– fondamentale sur le plan politique et budgétaire, car on ne peut concevoir que l'effet de l'augmentation des effectifs des gendarmes soit rendu nul par la diminution du temps de travail des militaires : six semaines après la mise en œuvre de la mesure relative aux onze heures de repos physiologique journalier, le Directeur général de la gendarmerie nationale dressait un constat sans appel : « Les premiers retours des unités font état d'une dégradation du service »²⁰ et le rapporteur spécial de la commission des finances parlait d'une « bombe à retardement de nature à remettre en cause l'effet bénéfique attendu de l'augmentation des effectifs »²¹ ;

– fondamentale sur le plan social de l'Institution : il n'est pas envisageable non plus qu'un décalage trop important du rythme de travail naisse entre la société civile et la gendarmerie nationale, la crise qu'elle a traversée en 2001 ayant montré que rien ne serait plus dangereux pour la gendarmerie que « la perte progressive "d'appétence" du gendarme pour son statut »²². Il est préférable de ne pas oublier qu'à la source de la très grave crise de 1989 traversée par la gendarmerie nationale, figurent, notamment, l'insuffisance de moyens en personnels et le constat de l'augmentation de « la durée du travail (...) des gendarmes, certains effectuant un service hebdomadaire de 70 heures, compte non tenu des permanences »²³ ;

– fondamentale car, faute d'avoir été préparée au bon moment, à défaut d'avoir exclu les forces armées du champ d'application de la directive, la transposition à la gendarmerie de cette directive s'est faite sous la contrainte de procédures contentieuses : est-ce une façon de faire ?

– fondamentale, enfin, car le mouvement de banalisation du statut militaire se poursuit et « doucement mais sûrement, la fonction militaire se rapproche de la fonction civile »²⁴.

Jérôme MILLET est Administrateur de l'État, Administrateur de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense, chercheur associé au CREOGN.

Le contenu de cette publication doit être considéré comme propre à son auteur et ne saurait engager la responsabilité du CREOGN.

19 FOUGIER Guy. L'impossible réforme de la police. *Pouvoirs*, 2002, n° 102, p. 112.

20 Audition en date du 18 octobre 2016 fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi de finances pour 2017, t. VIII, par le député Daniel BOISSERIE, 13 octobre 2016, p. 64.

21 DOMINATI Philippe, Note de présentation mission « sécurités » au projet de loi de finances pour 2017, 16 novembre 2016, p. 18.

22 WATIN-AUGOUARD Marc. La "militarité" de la gendarmerie. *Revue de la gendarmerie nationale*. n° 201, décembre 2001, p. 26.

23 WATIN-AUGOUARD Marc. La gendarmerie, l'histoire, la crise. *Regards sur l'actualité*, n° 157, janvier 1990, p. 29. V. également DIEU François. Autopsie d'un mouvement social atypique : la fronde des gendarmes de l'été 1989. Dix ans après ». *RICPTS*, octobre-décembre 1999, p. 414-430.

24 AUBY Jean-Bernard. Le mouvement de banalisation de la fonction militaire. *Droit administratif*, décembre 2014, 11.