

N° 61

SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1990 - 1991

Annexe au procès verbal de la séance du 25 octobre 1990.

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes (1) instituée par l'article 6 bis de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée, sur l'accès à la fonction publique dans la Communauté,

Par M. Guy CABANEL,

Sénateur

(1) Cette délégation est composée de : MM. Jacques Genton, président, Michel Caldagues, Claude Estier, Michel Fomatowski, Xavier de Villepin, vice-présidents, Ernest Cartigny, Marcel Daunay, Jean Garcia, Jacques Habert, Michel Mirabet, Jacques Oudin, André Rouvière, René Tregouët, secrétaires, MM. Hubert d'Andigne, Jean-Pierre Bayle, Maurice Blin, André Böhl, Guy Cabanel, Jean Delaneau, Charles Descours, Jean Dumont, Ambroise Dupont, Philippe François, Jean-François Poncet, Jacques Golhet, Yves Guéna, Emmanuel Hamel, René Herment, André Jarrot, Robert Laucournet, Jean-Pierre Masseret, Paul Masson, Daniel Millaud, Louis Minetti, Georges Othly, Robert Poutillon.

Communautés européennes - Rapports d'information - Fonction publique - Libre circulation des personnes

SOMMAIRE

	Pages
Introduction	3
I - LES DONNÉES DU PROBLÈME	4
A - L'accès à la fonction publique dans les Etats membres	4
B - Les principes de droit communautaire régissant les emplois publics	10
II - L'INTERPRÉTATION ACTUELLE DU TRAITÉ	12
A - La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés	12
B - La communication de la Commission ..	17
III - DIFFICULTÉS NON RÉSOLUES	20
A - Vers des règles communautaires?	20
B - Vers une réforme de la loi française ...	28
IV - LES CONCLUSIONS DE LA DÉLÉGATION	33

"On exclut les étrangers des charges publiques parce qu'ils ne sont pas du corps de la société qui compose l'Etat d'une nation, et que ces charges demandent une fidélité et une affection au prince et aux lois de l'Etat qu'on ne présume pas dans les étrangers".

Ainsi DOMAT justifiait-il dans "Les Lois civiles" l'exclusion des étrangers des charges publiques. Pourtant, à l'aube des Etats modernes, cette exclusion a souffert nombre d'exceptions, dont la moins illustre ne fut pas le choix du Cardinal Mazarin pour occuper la première des charges du Royaume.

La réunion de six Etats européens en 1957 proclamant, avec le Traité de Rome, la non discrimination à raison de la nationalité ainsi que la libre circulation et le libre établissement des travailleurs, réunion bientôt agrandie aux Douze, allait-elle s'accompagner d'un développement des solidarités internes propre à lever l'ancienne suspicion sur la loyauté des agents étrangers, tenus peu ou prou, au plus fort de la constitution des Etats-nations, pour des agents de l'étranger ?

A considérer le résultat plus de trente ans après la signature du Traité de Rome, on serait tenté de croire que l'exclusion sévit toujours.

Mais l'analyse des aspects juridiques comme de certaines difficultés d'application conduit à penser que la perpétuation du cloisonnement national des fonctions publiques est moins l'effet d'une survivance de la suspicion originelle que le résultat, outre les pesanteurs plus ou moins corporatistes qui peuvent se manifester ici ou là, des disparités d'organisation des pouvoirs publics d'un Etat membre à l'autre.

En effet, la définition même du "fonctionnaire" ou, pour adopter la terminologie du Traité de Rome, des "emplois dans l'administration publique" est des plus mal aisées à établir tant l'organisation des services publics diffère d'un Etat membre à l'autre.

Les disparités se marquent non seulement quant à la délimitation globale des emplois publics variant au gré de l'extension plus ou moins grande du "secteur public", mais également à l'égard de leur régime interne : définition légale ou réglementaire, gestion nationale ou décentralisée... Ces variations se combinent évidemment avec le plus large éventail de modalités de recrutement, depuis le contrat assimilable aux contrats de droit privé, pour le recrutement de telle agence plus ou moins indépendante et chargée d'un service public (Danemark, Grande-Bretagne ou même certains "services industriels et commerciaux" ou entreprises publiques françaises) jusqu'au recrutement par concours national anonyme selon les règles

d'un statut défini par la loi (mode normal d'accès à la fonction publique française), en passant par toutes les modalités intermédiaires, d'ailleurs sujettes à modifications fréquentes : concours sur titre, recrutement local ou par service...

On ajoutera que les fluctuations qui ont affecté dans la période récente l'étendue et la structure du "secteur public" ont une incidence directe sur la fonction publique et ses modes de recrutement : la privatisation de tel service, qui relevait naguère de la puissance publique (les télécommunications en Grande-Bretagne, par exemple) entraîne un changement du statut de ses personnels (accompagné, le cas échéant, de mesures individuelles transitoires, comme pour les personnels de l'ex-O.R.T.F. en France, par exemple) et bien évidemment de ses modes de recrutement désormais peu ou prou assimilés à ceux des entreprises privées.

Ce "paysage" particulièrement contrasté, et mouvant, doit pourtant se soumettre au grand principe du Traité de Rome, à savoir la non discrimination entre citoyens des différents Etats membres à raison de la nationalité, et à l'une de ses principales applications : la libre circulation des travailleurs.

Dans une première partie, on esquissera à grands traits une description des différents modes d'organisation des services publics dans les principaux Etats de la Communauté.

Puis on rappellera le cadre juridique posé par le Traité de Rome et l'Acte unique européen.

Enfin, une récapitulation de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dont la portée est décisive en la matière, et un résumé de la communication de la Commission fondée sur cette jurisprudence permettront d'évoquer l'état actuel de cette question et ses incidences sur le régime français de la fonction publique.

I- LES DONNÉES DU PROBLÈME

A- L'accès à la fonction publique dans les Etats membres

L'étendue du secteur public dans chaque Etat membre procède d'une définition unilatérale de l'Etat ; elle est le fruit de données propres, historiques et politiques, en relation avec la structure même de l'Etat, de la philosophie du "service public" et des interventions dans le secteur économique en particulier. Le tableau suivant rend compte de cette diversité, puisqu'on y observe des écarts considérables entre les principaux Etats membres, dans les

pourcentages de salariés employés dans l'administration publique, de près de 15% en Italie à 6% en Grande-Bretagne :

Nombre de personnes employées par les administrations publiques, en pourcentage des salariés dans l'ensemble des activités économiques (données 1985) :

D	F	I	NL	B	L	UK	IRL	DK	GR	EUR 10
9,7	10,7	14,6	7,9	11,9	8,9	6,1	8,0	7,4	11,9	9,8

Source : Communautés européennes

Les disparités quant aux modes de recrutement ne sont pas moindres et leur recensement même n'est pas aisé à établir, résultant de normes de niveaux fort différents, constitutionnelles en Belgique par exemple : "Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers" (Const. 1831, art. 6). Dans d'autres Etats, l'exigence de nationalité est fixée par la législation, mais la constitution limite déjà aux citoyens la garantie de l'égalité d'accès aux emplois publics : c'est le cas par exemple de l'Italie (art. 51 de la Constitution de 1947), l'Allemagne (art. 33 § 2 de la loi fondamentale de 1949). Selon le Professeur R. BACLET-HAINQUE (cf. A.J.D.A. du 20 avril 1990, "L'Europe des emplois dans l'administration publique"), onze Etats membres sur douze auraient une Constitution écrite contenant des dispositions réservant pour certaines l'accès des emplois publics aux nationaux.

Renvoyant au rapport établi par M. Jacques MAHEAS (Doc. AN 950, 9e législature), on se bornera ici à faire une description sommaire du régime de l'accès aux emplois publics dans les Etats membres.

- En R.F.A., la situation qui prévaut en matière d'emploi des ressortissants communautaires est comparable à celle de la France à une différence importante près, liée à la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Länder, dont relèvent en particulier l'enseignement et les questions culturelles.

Les administrations, comme les entreprises publiques allemandes, emploient concurremment des fonctionnaires régis par un statut légal et réglementaire, comportant une condition de

nationalité, et des contractuels dont le recrutement, la rémunération et les conditions de travail obéissent aux principes généraux du droit du travail. Pour ces derniers, il n'existe pas de condition de nationalité.

Les enseignants sont soumis à la condition de nationalité avec la possibilité largement ouverte par la loi de recruter, pour l'enseignement supérieur, des professeurs étrangers. Les enseignants du premier degré, de leur côté, peuvent être fonctionnaires mais peuvent aussi être soumis au droit du travail, dans la mesure où les établissements qui les emploient relèvent pour la plupart d'initiatives locales ou confessionnelles.

En ce qui concerne les entreprises nationales, et l'on citera ici le cas des emplois à la Bundesbahn, le personnel permanent d'encadrement est composé de fonctionnaires de nationalité allemande.

- En Belgique, la condition de nationalité est exigée pour la fonction publique *stricto sensu* ; pour l'ensemble des secteurs de l'enseignement, une dérogation à la condition de nationalité peut être accordée par arrêté royal, permettant à un ressortissant non belge d'occuper un emploi permanent ; dans les sociétés nationales, et notamment dans les chemins de fer belges (la SNCB), la réglementation a été très légèrement assouplie pour permettre le recrutement et la nomination dans un emploi permanent de ressortissants d'autres Etats membres, ceci à la suite de l'arrêt rendu en 1982 par la Cour de Justice des Communautés européennes concernant la SNCB (cf. in "Mélanges TEITGEN", l'article de M. Gérard LYON-CAEN : "Un arrêt d'interprétation difficile, l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire des chemins de fer belges, confronté au droit français", p. 271 et suivantes, Paris LGDJ. 1984 et III ci-dessous.).

- Le cas de l'Italie fait apparaître la généralité de l'exigence de la nationalité italienne pour accéder aux emplois publics.

Ainsi par exemple, la nationalité italienne est-elle exigée pour enseigner dans les écoles maternelles, y compris dans les établissements privés. Pour ce qui est des entreprises publiques, si l'on prend l'exemple des chemins de fer italiens, il s'avère que l'accès aux emplois est réservé aux ressortissants italiens.

La condition de nationalité italienne est si largement étendue qu'elle n'a pas manqué d'attirer l'attention de la Commission et de la Cour de Justice, mais le caractère largement décentralisé du secteur public (qu'il s'agisse des personnels recrutés par les collectivités territoriales ou de la structure complexe des entreprises

et des participations publiques) rend sans doute l'interprétation italienne de la dérogation au principe de non discrimination, quelque compréhensive qu'elle soit, moins vulnérable à la censure de la Cour que l'acception française, essentiellement nationale et scellée dans un statut législatif, particulièrement "voyant", même si le poids relatif des emplois publics est comparable dans les deux pays, voire supérieur en Italie (cf. tableau ci-dessus).

On observera cependant que, sans doute plus tardif que dans d'autres Etats membres, un mouvement de privatisation est enclenché en Italie qui retentira, tôt ou tard, sur le statut des personnels.

- **Au Luxembourg**, l'exercice d'un emploi administratif permanent est soumis à condition de nationalité, soit directement, soit indirectement.

S'agissant, par exemple, de l'accès aux fonctions dans l'enseignement primaire, il ne peut être ouvert aux étrangers, et donc aux ressortissants des autres Etats membres, que très exceptionnellement sur la base d'une dérogation et pour une période temporaire.

Par ailleurs, si le recrutement des emplois permanents des chemins de fer luxembourgeois est théoriquement ouvert aux étrangers, la nature des épreuves des concours d'accès se révèle très dissuasive à leur endroit. En pratique, seul le recours à des contractuels pour les cadres dirigeants ou à des auxiliaires pour le personnel d'entretien peut permettre à un ressortissant communautaire d'accéder à ces emplois (excluant donc la "titularisation" définitive).

- **Au Royaume-Uni**, de même qu'en Irlande et aux Pays-Bas, la condition de nationalité ne concerne que la fonction publique *stricto sensu*, peu nombreuse et légalement définie.

Dans l'enseignement, la condition de nationalité n'est pas exigible. On soulignera, à cet égard, l'importance du fait décentralisateur, dans la mesure où ce sont les collectivités locales qui, en l'occurrence, sont les employeurs et non l'Etat. Dans le secteur des transports ferroviaires, l'accès aux emplois est ouvert à tous les ressortissants communautaires sans restriction ; ceux-ci ont donc vocation à exercer un emploi permanent dans ces pays et à bénéficier d'un statut identique à celui des nationaux.

- Le cas de la Grèce, de l'Espagne et du Portugal n'a pas encore fait l'objet d'études par la Commission, dans la mesure où la libre circulation ne s'applique, pour ces Etats, qu'à la fin de la période transitoire, respectivement en 1988 et en 1993. Certes, dans

le cas grec, la sortie de la période transitoire est échue. Il ne semble pas, à première vue, que l'accès aux emplois soit très ouvert, l'enseignement étant, par exemple, assujéti à la condition de nationalité. Et l'on sait que la question de la réforme d'un secteur public pléthorique est déjà politiquement fort sensible dans ce pays et serait sans doute exacerbée par la combinaison de la diminution des effectifs avec l'ouverture à des non nationaux. L'obstacle de la langue, au surplus, rendrait sans doute cette ouverture plus formelle qu'opérationnelle (pour ne rien dire des rémunérations sans doute peu attractives pour les ressortissants des Etats du Nord de l'Europe).

- En France même l'exigence de nationalité semble indissociable du statut de fonctionnaire. Elle a ainsi été réinscrite, inchangée, dans l'article 5 du statut général réformé par la loi du 13 juillet 1983, alors même que les principes du Traité de Rome avaient déjà fait l'objet de l'interprétation que l'on sait de la part de la Cour de Justice. La condition de nationalité se trouve même réaffirmée avec une particulière solennité puisque ce statut, véritablement général, s'applique désormais : "aux fonctionnaires civils des administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics y compris les établissements mentionnés à l'article L 782 du Code de la Santé publique, à l'exclusion des fonctionnaires des assemblées parlementaires et des magistrats de l'ordre judiciaire. Dans les services et les établissements à caractère industriel ou commercial, elle ne s'applique qu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaire". Les statuts particuliers prévoient d'ailleurs la même condition de nationalité. Et un amendement, dit "amendement Mazarin", déposé par M. Alain LAMASSOURE, député, le 4 juin 1987, qui tendait à mieux tenir compte du principe communautaire de libre circulation, n'a finalement pas été retenu.

Si l'ouverture d'emplois publics à des non nationaux demeure exceptionnelle, il convient cependant de signaler des textes importants : ainsi, la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 "d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France", et son décret d'application (n° 84-1185, art. 22 et 5) ouvrent-ils le recrutement du CNRS à des candidats de nationalité étrangère aussi bien comme fonctionnaire que comme agent non titulaire.

De même, la loi n° 84-52 sur l'enseignement supérieur permet-elle, par dérogation au statut général de la fonction publique, de nommer dans des corps d'enseignants chercheurs "des personnalités n'ayant pas la nationalité française".

Aux termes de l'article 44 du décret d'application de cette loi (n° 84-431, modifié par le décret n° 87-555) "les personnalités

ne possédant pas la nationalité française peuvent présenter leur candidature aux concours de recrutement".

On mentionnera encore parmi les emplois non soumis à la condition de nationalité, ceux des médecins et dentistes des hôpitaux publics (les lois du 3 décembre 1976 et du 23 décembre 1980 modifiées, résultant d'ailleurs de directives européennes).

Il conviendrait pour rendre compte de la situation française, d'ajouter aux emplois de fonctionnaires, ceux qui relèvent de grandes entreprises publiques dont les statuts édictent, eux aussi, pour la plupart, une condition de nationalité française même si leurs personnels n'ont pas la qualité de fonctionnaire (à l'exception des directeurs et des comptables, selon la jurisprudence et réserve faite éventuellement de collaborateurs ayant conservé la qualité de fonctionnaire).

On empruntera au Professeur LYON-CAEN (in "Mélanges Teitgen", p. 272 et s.) la description de la fluctuante délimitation du secteur des entreprises publiques :

"C'est la nature juridique du lien entre le préposé et l'entreprise employeur qui joue le rôle décisif. Par exemple, le statut du personnel des industries électriques et gazières prévoit la nationalité française comme condition fondamentale pour l'acquisition de la qualité d'agent statutaire (art. 4 du décret n° 46-1541 du 22 juin 1946). Par contre, aucune condition de nationalité n'est requise pour l'accès aux emplois d'agents temporaires. Même condition de nationalité pour acquérir la qualité d'agent titulaire au centre national pour l'exploitation des océans, au centre national des études spatiales, à la caisse nationale de l'énergie, à l'agence nationale pour la récupération des déchets.

"Mais, de manière irrationnelle, aucune condition de nationalité aux charbonnages de France et houillères de bassin, au bureau de recherches géologiques et minières, au commissariat à l'énergie solaire, à l'agence pour les économies d'énergie, à l'entreprise minière et chimique, à l'agence nationale pour la valorisation de la recherche, à l'agence pour l'informatique, au laboratoire national d'essai (sources : ministère de l'Industrie).

"La tendance des entreprises publiques est de multiplier les emplois temporaires ou de sous-traiter ou encore de filialiser, afin de pouvoir recruter des nationaux ou des étrangers non pourvus de garanties de carrière.

"On peut noter que dans les entreprises publiques qui ne sont pas dotées d'un statut du personnel proprement dit mais d'un règlement du personnel, des dérogations sont parfois prévues à la condition de

nationalité française, mais elles demeurent discrétionnaires (art. 4 de la convention de travail du Commissariat à l'énergie atomique du 27 avril 1970 ; art. 7 du règlement du personnel des établissements publics d'aménagement des villes nouvelles du 1er juillet 1976, etc.)."

Enfin, on observera, qu'il s'agisse du statut général de la fonction publique ou des statuts des principales entreprises publiques, le caractère centralisé du secteur public et para-public en France rend les clauses de nationalité sans doute plus "voyantes" que dans nombre d'autres Etats membres où les emplois comparables sont pourtant tout aussi peu ouverts.

B - Les principes de droit communautaire régissant les emplois publics

Le marché intérieur, comme le Marché commun, n'est pas seulement un espace délimité par un système douanier unique, à l'intérieur duquel les biens et les capitaux circulent librement, c'est aussi une communauté d'hommes. A défaut d'une union politique fondée sur une totale égalité des droits, le Traité de Rome a prévu un certain nombre de règles pour garantir la non discrimination entre ressortissants des Etats membres se déplaçant sur le territoire communautaire.

Fondées sur ce principe de non discrimination et de libre circulation, différentes directives sont venues peu à peu organiser le régime des activités professionnelles et préciser les droits des citoyens se rendant ou séjournant dans un autre Etat membre que celui dont ils sont originaires.

Mais, si la libre circulation des biens, des services et des capitaux n'est qu'une extension, quelque difficile qu'elle soit parfois, de la concurrence qui caractérise déjà normalement ces activités, la mise en oeuvre de l'exercice effectif du droit de travailler ou de séjourner dans n'importe quel Etat membre se heurte à toutes sortes de règles protectrices, souvent âprement défendues, et dont l'harmonisation communautaire est particulièrement malaisée.

Garantir la libre circulation des personnes, c'est d'abord leur offrir la possibilité d'exercer une activité professionnelle dans l'Etat de leur choix. Telle était bien l'orientation du Traité de Rome. En effet, l'article 3 du Traité assignait pour but à la Communauté, outre l'établissement d'un marché commun des marchandises et des capitaux, "l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes...".

Pour garantir effectivement cette liberté, le Traité prévoit les règles qui permettent aux ressortissants d'un Etat de la Communauté d'exercer leurs activités professionnelles sans

discrimination. Ainsi, le titre III du Traité organise successivement la liberté de circulation des travailleurs salariés, le droit d'établissement des travailleurs non salariés, enfin, la libre prestation de services.

Le principe qui régit tous ces aspects de la libre circulation est celui de la non-discrimination à raison de la nationalité. Les seules restrictions admises sont celles qui sont fondées sur la participation à l'exercice de l'autorité publique, ainsi que sur des dispositions nationales applicables aux étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique. En effet, ce motif de dérogation pourrait permettre d'écarter des candidats non nationaux d'emplois publics même subalternes et ne comportant pas de participation à l'exercice de l'autorité publique, au nom d'une exigence particulière de discrétion par exemple et de santé publique.

Le Traité prévoit encore que les mesures nécessaires à l'application de ces principes, ainsi que la reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres, sont arrêtées par voie de directives, adoptées à la majorité qualifiée à l'issue de la période de transition.

L'Acte Unique européen confirme ces principes et ces règles. L'adoption à la majorité qualifiée en coopération avec le Parlement européen est désormais la procédure de droit commun. Il est cependant précisé que "l'unanimité est nécessaire pour des directives dont l'exécution dans un Etat membre au moins comporte une modification des principes législatifs existants du régime des professions en ce qui concerne la formation et les conditions d'accès de personnes physiques".

La règle de l'unanimité est donc confirmée pour les mesures communautaires harmonisant la formation et les conditions d'accès de toutes les professions réglementées.

Elle s'appliquera aux éléments les plus importants du régime des professions, ceux qui relèvent dans un Etat membre au moins de principes législatifs. Tous les Etats membres ne connaissant pas la distinction de la Constitution française entre domaine de la loi et règlement, on peut conjecturer que les mesures d'harmonisation toucheront fréquemment un élément de nature législative de quelque réglementation nationale et requerront alors l'unanimité au Conseil.

S'agissant de la situation française, d'eventuelles directives qui auraient des répercussions sur le statut de la fonction publique relèveraient à l'évidence du domaine de la loi, et requerraient par conséquent l'unanimité du Conseil.

Or, s'il semble bien que toute mesure d'harmonisation dans la définition des emplois publics et leur mode de recrutement relève de décisions arrêtées à l'unanimité par le Conseil, selon quelle procédure les Etats membres pourraient-ils mettre en oeuvre l'exception à la libre circulation pour "les emplois dans l'administration publique" ?

Le Traité de Rome qui pose, dans son article 48, le principe de la non discrimination à raison de la nationalité, pour l'accès aux emplois salariés et leur exercice, indique explicitement dans le même article que les dispositions organisant la libre circulation des travailleurs "ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique".

Le secteur de l'administration publique est inégalement développé selon les Etats membres et au surplus ses limites sont susceptibles parfois de divergences d'interprétation (voire de modifications au gré des changements de mode de gestion, nationalisation/privatisation ou même plus simplement régie/concession...).

L'exception prévue par l'article 48 allait-elle dès lors épouser les spécificités des configurations nationales du champ des emplois publics réservés aux nationaux dans les douze Etats membres, au risque de voir une même profession soumise ici à la libre circulation comme relevant d'un statut de droit privé, mais soustraite ailleurs puisque ressortissant à un service public organisé selon des procédures administratives ?

II - L'INTERPRÉTATION ACTUELLE DU TRAITÉ

A - La jurisprudence de la Cour de Justice des communautés

La Cour de Justice a été amenée à interpréter les dispositions du Traité de Rome à l'occasion de litiges individuels intéressant des ressortissants communautaires auxquels était refusé, soit l'accès à un emploi public dans un Etat membre autre que celui dont ils avaient la nationalité, soit une titularisation.

Elle a tout d'abord décidé que les dispositions du Traité étaient d'application directe et ne requéraient donc pas nécessairement des directives d'application, admettant des recours individuels de ressortissants communautaires et des recours de la Commission sur la base de "manquements" aux obligations résultant du Traité.

Statuant au fond et placée devant le choix dont les administrativistes français sont familiers, entre le critère organique,

faisant produire des effets automatiques à la qualification juridique du service, et un critère matériel retenant les éléments concrets de la fonction exercée, la Cour de Justice a opté pour la seconde méthode.

On sait que la jurisprudence du Conseil d'Etat a très largement fait prévaloir le critère matériel (nature des fonctions exercées), sur le critère organique (qualification juridique de l'institution dont relève l'agent), jurisprudence préparée par l'ancienne distinction entre "fonctions d'autorité" dotées de prérogatives de puissance publique et "fonctions de gestion", dépourvues de caractère dérogatoire au droit commun.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, s'inspirant manifestement de la construction juridique de l'Assemblée du Palais Royal, a, à son tour, fait choix du "critère matériel" pour interpréter les dispositions de l'article 48 du Traité de Rome.

La Cour déclare dans l'arrêt de principe du 17 décembre 1980 (Commission contre Royaume de Belgique, Affaire 149/79)¹ que les emplois dans l'administration publique qui peuvent être soustraits à la libre circulation au titre de l'exception de l'article 48 sont des emplois qui supposent "de la part de leurs titulaires l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité", "emplois qui se caractérisent par une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques".

A l'instar de l'arrêt rendu contre la Belgique, et à propos d'une espèce comparable (recrutement de personnel infirmier dans les hôpitaux publics), la Cour, dans l'affaire 307/84, (Arrêt du 3 6.1986, Commission c/France), constate à la charge de la France un manquement constitué par l'exigence de la nationalité française en matière de nomination et de titularisation dans les emplois d'infirmier(e)s-fonctionnaires dans les hôpitaux publics.

Cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure de la Cour (affaires 152/73, Arrêt du 12.2.1974, Sotgiu/Deutsche Bundespost, et 149/79, Arrêt du 17.12.1980, Commission c/Belgique). La portée de l'exception prévue par l'article 48, alinéa 4, du traité C.E.E., déclare la Cour, ne saurait être déterminée en fonction de la

(1) La Belgique n'était pas seule à soutenir l'exigence de nationalité face à la Commission, puisque sont intervenus à ses côtés, dans cette instance, la France, mais aussi la RFA et le Royaume-Uni.

qualification du lien juridique (de droit privé ou public) entre le travailleur et l'administration qui l'emploie.

Le critère d'applicabilité de l'article 48, alinéa 4, du traité C.E.E. est d'ordre non pas organique, mais relève de l'appréciation d'éléments matériels des fonctions exercées (l'emploi est-il ou non caractéristique des activités spécifiques de l'administration en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ?) Eu égard à la nature des fonctions et des responsabilités qu'ils comportent, les emplois d'infirmier(e)s dans les hôpitaux publics ne constituent pas des emplois "réservés" au sens de l'article 48, alinéa 4, a conclu la Cour dans ces affaires importantes.

La Cour a ainsi jugé, au gré des quelques espèces qui lui ont été soumises, que les ressortissants d'autres Etats membres doivent avoir accès aux postes de chargeur, conducteur, poseur de voies, agent de triage, manoeuvre, nettoyeur des chemins de fer, menuisier, jardinier, électricien, plombier, infirmière et puéricultrice auprès des services communaux. Elle a en revanche exclu expressément les fonctions de contrôleur chef de bureau technique, de contrôleur principal, de contrôleur des travaux, de contrôleur des inventaires, d'architecte et de... veilleur de nuit (cf. "La Cour de Justice" Doc. Européenne 5-86).

Si cette jurisprudence a le mérite de permettre l'harmonisation des dérogations à la liberté de circulation des travailleurs salariés par-delà les différences d'organisation du service public dans les Etats membres, elle conduit cependant la Cour à apprécier ce qui relèverait "per se" des "activités spécifiques de l'administration" en tant que celle-ci est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat.

Or, l'on sait qu'il existe bien des interprétations, et sensiblement divergentes, de ces intérêts, comme de l'organisation administrative la plus appropriée à leur sauvegarde.

Ces interprétations résultent non seulement de traditions nationales, et l'on citera le colbertisme français. Mais elles traduisent aussi des choix politiques, interventionnisme ou libéralisme qui sont précisément l'un des enjeux de nombre de consultations électorales récentes dans les Etats membres. Une harmonisation communautaire imposée, d'ailleurs non prévue par le Traité de Rome, paralyserait ce débat et substituerait l'interprétation de la Cour et de la Commission à un choix politique fondamental. Il convient donc sans doute de ménager une certaine marge de compétence des Etats pour régler et, le cas échéant, modifier

l'organisation des services publics dans le respect des choix démocratiques et non selon un droit prétorien uniforme et abstrait.

- Cas particulier des enseignants

La situation des enseignants retient particulièrement l'attention. En effet, si l'égalité d'accès entre ressortissants communautaires, aux fonctions d'entretien des voies de chemin de fer, à certains postes de distribution de l'énergie ou même aux emplois d'infirmiers ne pose guère de problèmes théoriques, la catégorie des enseignants est à la fois très nombreuse dans tous les Etats, mais organisée de façon très différente (privé/public, organisation nationale ou décentralisée, recrutement par concours ou sur titres...). Enfin, outre la catégorie voisine des chercheurs, il s'agit d'ouvrir à la concurrence des emplois très qualifiés, fortement marqués par une mission de service public (et par des traditions syndicales plus ou moins corporatistes), alors même que l'évidence s'impose des avantages d'une association de professeurs au moins partiellement formés dans d'autres Etats européens, aux structures nationales de l'enseignement. Ces avantages évidents, au moins pour l'enseignement des langues, ne doivent cependant pas conduire à méconnaître l'exigence de qualifications comparables, de connaissance de la langue du pays d'accueil, de ses traditions pédagogiques, de ses programmes scolaires, de sa culture...

Tôt ou tard, se posera la question du régime des enseignants, car s'il existe un service public de l'enseignement dans tous les Etats membres, on y trouve partout, également, des établissements privés dont certains recrutent librement leurs personnels. Et il est difficile de soutenir que ces fonctions, très comparables, qu'elles soient exercées dans le secteur public ou dans le secteur privé, participent dans le premier cas de l'exercice de la puissance publique ou de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, tandis que l'enseignement privé serait ouvert à la libre circulation des travailleurs communautaires. On sait qu'en France l'accès aux postes d'enseignants dans les universités et de chercheurs au CNRS ainsi qu'à certains postes hospitaliers sont désormais ouverts non seulement aux ressortissants communautaires mais, plus généralement, aux candidats "n'ayant pas la nationalité française".

Au surplus, au moins pour l'enseignement des langues en usage dans la Communauté, la qualification d'un professeur enseignant sa langue maternelle dans les autres Etats membres pourrait rivaliser avantageusement avec les qualifications des professeurs nationaux pour qui la langue enseignée est d'abord une langue étrangère, au moins dans la majorité des cas.

La Cour a franchi un premier pas dans ce sens par un arrêt récent (Arrêt du 3.7.1986, affaire 66/85, Lawrie-Blum/Land

Baden-Württemberg), rendu dans l'affaire 66/85 sur une question préjudicielle d'un tribunal allemand. Dans cette affaire, la Cour a refusé l'application de l'exception de l'article 48 dans le cas d'un poste d'enseignant stagiaire ("Studienreferendar") en Allemagne fédérale, l'accomplissement de ce stage étant la première étape pour l'accès aux postes d'enseignants dans le secteur public.

La Cour a jugé qu'on ne pouvait pas refuser l'accès au stage à une candidate britannique possédant les titres allemands adéquats, au seul motif qu'elle n'avait pas la nationalité allemande.

Le rapport de la Commission sur l'activité des Communautés européennes en 1986 assortit la mention de cette affaire du commentaire suivant : "Bien que l'arrêt ne porte expressément que sur le poste d'enseignant-stagiaire, il paraît loisible d'en tirer aussi des enseignements pour les postes d'enseignants qualifiés dans les écoles publiques".

Saisie de plusieurs questions d'élus au Parlement européen, la Commission a d'ailleurs eu l'occasion de préciser l'interprétation qu'elle entend faire prévaloir dans l'application de l'article 48 à l'accès aux emplois relevant dans les Etats membres de l'enseignement public.

Rappelant dans sa réponse à la question n° 401/89 de M. D. ROTELLA (Soc.) (cf. J.O.C.E. N° C 139-2 du 7 juin 1990) que le Conseil a adopté, le 21 décembre 1988, la directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, la Commission précise que "cette directive, qui devra être transposée par les Etats membres dans un délai de deux ans suivant sa notification, soit au plus tard le 4 janvier 1991, a un caractère général et donc vocation à s'appliquer également aux enseignants"...

"Or, sur les conditions d'accès à l'emploi d'enseignant dans l'enseignement public à l'intérieur de la Communauté, l'action de la Commission vise à garantir dès maintenant aux enseignants ressortissants des Etats membres, qui souhaitent enseigner dans un autre Etat membre, l'égalité de traitement avec les enseignants ressortissants de cet Etat, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi ainsi que les conditions d'emploi et de travail".

Tout le problème réside, au moins pour la partie française (cf. ci-dessous) dans la signification réelle de l'égalité de traitement... en ce qui concerne l'accès à l'emploi"... La Commission entend-elle respecter la règle, en vigueur dans plusieurs Etats, du recrutement par concours écrit anonyme ?

Ou, au contraire, partage-t-elle, comme elle l'indique d'emblée dans sa réponse, "l'opinion de l'honorable parlementaire" qui propose rien de moins que de confier à la Commission la compétence (!) de "dresser la liste des candidatures parvenues à chacune des unités administratives chargées du recrutement dans les réseaux moyen et supérieur de l'enseignement" ?

Le Parlement européen, quant à lui, avait proposé, dans un rapport sur l'encouragement à la mobilité des enseignants dans la Communauté européenne (Doc. A2/119/86) "l'instauration d'un statut communautaire des enseignants", afin de "contribuer notablement à encourager cette mobilité", estimant les règles actuelles "incompatibles avec le Traité", et concluant que "la reconnaissance des qualifications pédagogiques selon la conception nouvellement présentée par la Commission doit aller de pair avec l'instauration d'un statut communautaire des enseignants" ; par conséquent, la Commission est chargée par le Parlement européen "d'étudier les différentes questions relatives au statut des enseignants, très importantes pour les intéressés, de concevoir les éléments d'un statut communautaire des enseignants et de formuler des propositions pour la mise en place d'un tel statut" ;

Le Parlement souhaite seulement que "le statut communautaire prévienne notamment des clauses dans les domaines suivants :

- "- sécurité sociale,
- "- possibilités d'avancement,
- "- possibilités de formation continue et de spécialisation,
- "- pension de vieillesse",

sans que soient autrement précisées les modalités d'une harmonisation, menée au nom de la liberté mais qu'on dirait prussienne plus encore qu'européenne.

On observera que le régime des enseignants ne pourrait bien entendu être modifié que par voie de directives adoptées à l'unanimité puisqu'il comporte, en France, comme dans la plupart des Etats membres, des éléments de nature législative ressortissant au statut de la fonction publique.

B - La communication de la Commission

Fort de la jurisprudence de la Cour de Justice, la Commission avait tout d'abord envisagé de proposer au Conseil une directive définissant uniformément pour tous les Etats membres le

champ d'application de l'exception de l'article 48 du Traité et, par conséquent, des emplois soustraits au libre accès communautaire (cf. Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur de juin 1985). L'accueil pour le moins réservé que rencontra une entreprise aussi hardie obligea la Commission à substituer à sa proposition de directive une simple communication. Sans valeur normative, ce document, publié le 18 mars 1988 (cf. Doc. 88/C72/02, J.O.C.E. n° C 72-2), fournit cependant un cadre de référence pour les Etats membres et pourrait indiquer les grandes lignes de la politique de la Commission en faveur de l'ouverture des emplois du secteur public, appuyée le cas échéant sur des recours en manquement.

La Commission expose en effet dans ce texte important les orientations qu'elle entend suivre pour éliminer toute discrimination à raison de la nationalité dans l'accès aux emplois du secteur public dans les différents Etats membres ; la Commission définit également l'interprétation qu'elle entend faire prévaloir de la disposition de l'article 48 du Traité de Rome qui admet que les Etats réservent à leurs nationaux certains emplois.

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Justice, rappelant les déclarations du Conseil européen de Fontainebleau en faveur d'une "Europe des citoyens", énonçant enfin la nécessité d'un parallélisme entre, d'une part, liberté d'établissement et de prestation de services et, d'autre part, non discrimination dans l'accès aux emplois publics, la Commission donne, dans cette importante communication, son interprétation des conditions de l'égalité d'accès.

Systematisant les arrêts de la Cour de justice, la Commission déclare tout d'abord que l'article 48 est d'application directe, ce qui signifie qu'il peut être invoqué par un ressortissant communautaire, qui s'estimerait victime de discrimination, devant les juridictions nationales et motiver une saisine de la Cour de Justice. La Commission peut également saisir directement la Cour, et se réserve expressément cette faculté, indiquant qu'elle entend "veiller à ce que les Etats membres appliquent effectivement la réglementation en matière de libre circulation des travailleurs et d'égalité de traitement entre travailleurs communautaires pour ce qui concerne l'accès à l'emploi sur la base des principes du traité, sans qu'il soit nécessaire de proposer des mesures nouvelles de législation communautaire".

Puis la Commission donne son interprétation de la définition du champ d'application du principe et de la dérogation prévue par l'article 48 du Traité en faveur des "emplois dans l'administration publique" :

. Emplois non soumis à la libre circulation

"En se fondant sur l'état actuel de la jurisprudence de la Cour et en tenant compte des conditions actuelles de la construction du marché unique, la Commission estime que la dérogation établie par l'article 48 paragraphe 4 vis. les fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles que :

- les forces armées,
- la police, et les autres forces de l'ordre,
- la magistrature,
- l'administration fiscale,
- la diplomatie.

En outre, sont considérés aussi couverts par cette exception, les emplois relevant :

- des ministères de l'Etat,
- des gouvernements régionaux et des collectivités territoriales et autres organismes assimilés,
- des banques centrales,

"dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires et autres agents) qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, l'exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants".

Par conséquent, précise la Commission, l'action qu'elle compte mener ne vise pas ces emplois.

. Définition du champ d'application au libre accès

En revanche, la Commission entend poursuivre "systématiquement" l'élimination des discriminations dans l'accès aux autres emplois relevant du secteur public :

"La Commission estime que les tâches et responsabilités caractérisant les emplois relevant de certaines structures nationales apparaissent manifestement comme étant en général suffisamment éloignées des activités spécifiques de l'administration publique telles que définies par la Cour de justice, pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement relever de l'exemption prévue à l'article 48 paragraphe 4 du traité C.E.E.

"Dès lors, la Commission entend porter en priorité son action systématique sur les secteurs suivants :

- les organismes chargés de gérer un service commercial (par exemple : transports publics, distribution d'électricité ou gaz, compagnies de navigation aérienne ou maritime, postes et télécommunications, organismes de radio-télédiffusion),
- les services opérationnels de santé publique,
- l'enseignement dans les établissements publics,
- la recherche à des fins civiles dans les établissements publics.

"En effet, pour chacune de ces activités, on constate soit qu'elle existe également dans le secteur privé, auquel cas l'article 48 paragraphe 4 ne s'applique pas, soit qu'elle peut être exercée dans le secteur public en dehors des conditions de nationalité".

La Commission ajoute en outre que "toute discrimination en raison de la nationalité en ce qui concerne l'accès aux emplois subalternes de l'administration publique, ne saurait, a priori, être justifiée", sans que les secteurs visés soient autrement précisés.

. Contrôle de l'application

La Commission expose enfin, qu'outre son propre pouvoir de saisine de la Cour de justice, l'application de ces règles peut être demandée par tout citoyen communautaire, notamment devant les juridictions nationales qui doivent déférer cette question à la Cour de justice qui, en application de l'article 177 du Traité de Rome, statue à titre préjudiciel.

III - DIFFICULTES NON RESOLUES

A) Vers des règles communautaires ?

La Commission ne précise pas dans sa communication comment résoudre certaines difficultés d'application de l'ouverture des emplois dans l'administration et ne comportant pas de participation à l'exercice de l'autorité publique : comment assurer la permanence de la non discrimination dans le déroulement des carrières entre fonctionnaires nationaux et ressortissants d'un autre Etat membre si une fonction non assortie de prérogatives de puissance publique *ab initio* conduit, par le déroulement normal de la carrière, à des responsabilités qui, elles, comporteraient de telles prérogatives, impliquant dès lors l'exigence de nationalité ?

Les enseignants communautaires titularisés en France pourraient-ils participer à des jurys d'examen et prendre part à l'exercice du "monopole de collation des grades" de la puissance publique ? Pourraient-ils devenir chefs d'établissement, inspecteurs d'académie, recteurs, tous postes comportant une participation à l'exercice de l'autorité publique... ?

Plus généralement, les ressortissants communautaires seront-ils condamnés à ne faire, dans les fonctions publiques des autres Etats membres que leur Etat d'origine, que des carrières tronquées ?

Certains auteurs, interprétant strictement l'exception de l'article 48 qui ne viserait que "l'accès" aux emplois publics, estiment que toute discrimination dans les conditions ultérieures d'emploi serait illicite (cf. J. CURRAL, membre du Service juridique de la Commission in "Fonctions publiques nationales et impératifs communautaires" - Revue française de l'Administration publique - Octobre-décembre 1988), interprétation non conforme, cependant, à celle de la C.J.C.E.

La prise en compte, pour l'avancement, des services effectués dans un autre Etat membre pourrait s'avérer, en fait, plus délicate quand elle fait intervenir, comme en France, non seulement l'ancienneté, mais des éléments d'appréciation "subjectifs" (notation, choix...).

Là encore, l'application du principe de non discrimination, exprimé dans le droit de libre circulation et d'égalité d'accès, devra se concilier avec un respect équitable des intérêts des agents "sédentaires".

Cette prise en compte des services à l'étranger relève sans doute de l'organisation, par chaque Etat, du régime de la fonction publique, sous le contrôle cependant de la Cour de Justice.

Le rapport de M. Jean-Pierre PUISSOCHET, Conseiller d'Etat, analyse ainsi la difficulté de concilier déroulement de carrière, accès aux emplois de responsabilité et non-discrimination : "la question se pose de savoir si, compte tenu du système de carrières sur lequel repose en France l'organisation de l'administration publique, le principe d'égalité s'opposerait à ce qu'un fonctionnaire se voie interdire l'accès à certains emplois à raison de sa nationalité.

"Le principe de souveraineté n'interdit sans doute pas, on l'a vu, de réaliser l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres, pour autant que cette

ouverture soit conditionnée. Mais, dans quelle mesure cette ouverture, qui ne peut être absolue, justifie-t-elle qu'il soit porté atteinte au principe de l'égalité de traitement ? Les fonctionnaires non-nationaux, en effet, ne pourront avoir vocation à occuper tous les emplois publics.

"Cette apparente difficulté pourra être évitée dès lors que le principe d'égalité n'interdit pas de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes, à la condition que la discrimination soit justifiée par des considérations d'intérêt général et qu'elle soit adéquate, dans son ampleur et dans ses modalités, à la différence objective de situations. Or, précisément, à l'intérieur de notre administration publique, l'agent de nationalité française et l'agent étranger seraient, en raison de leur différence de nationalité, dans des situations justifiant qu'ils soient traités différemment pour l'accès à certains emplois dans la mesure où un principe aussi fort que le principe de souveraineté s'opposerait à ce que l'étranger fût nommé dans des fonctions impliquant la participation à l'autorité publique.

"Au surplus, on ajoutera que le principe d'égalité de traitement ne peut jouer qu'entre fonctionnaires d'un même corps et qu'en tout état de cause, il ne peut donc faire obstacle à ce que des corps à l'intérieur desquels aucun emploi n'exige l'application de la clause de nationalité voient leur accès ouvert aux étrangers ressortissants de la Communauté européenne.

"Une telle conception du principe d'égalité serait parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice, qui relevait, dès son arrêt de principe du 17 décembre 1980, que "l'article 48, paragraphe 4 (...) permet aux Etats membres de réserver, par des réglementations appropriées, aux ressortissants nationaux l'accès aux emplois qui comportent l'exercice d'une telle puissance (publique) ou de telles responsabilités à l'intérieur d'une même carrière, d'un même service ou d'un même cadre" (attendu 21). Cette position a été rappelée dans l'arrêt du 16 juin 1987 (affaire 225/85) : "il suffit de constater que le droit communautaire n'interdit pas à un Etat membre de réserver, à l'intérieur d'une carrière, à ses propres nationaux, celles des fonctions qui participent à l'exercice de la puissance publique ou à la défense des intérêts généraux de l'Etat" (attendu 10). On notera avec intérêt, dans la même inspiration, l'arrêt 318/86 du 30 juin 1988 sur lequel la Cour, au sujet de l'égalité d'accès des hommes et des femmes aux emplois publics, a rejeté l'argument tiré par le Gouvernement français de l'unité des corps et du recrutement par corps pour justifier l'existence d'un système de quotas par sexe pour certains corps de police donnant accès à des emplois dont certains, mais pas tous, devaient nécessairement être assurés par des agents de l'un ou l'autre sexe. Dans cette conception, il

existera donc des corps dont les membres n'auront pas légalement vocation à occuper toutes les catégories d'emplois auxquels ils correspondent" (1).

Pas plus qu'à l'égard du déroulement de carrière, la communication de la Commission ne cherche à aménager la "totalisation" des droits d'un "fonctionnaire migrant" en matière sociale, de retraite en particulier.

Or, ce "scénario" n'est pas le moins probable, d'un fonctionnaire effectuant par exemple, non pas toute sa carrière, mais une plus ou moins longue période de sa vie professionnelle hors de son Etat d'origine. Dès lors, la prise en compte de ces périodes pour l'avancement et la constitution de la retraite doit être établie.

Ainsi, l'élargissement du champ d'application du règlement C.E.E. de 1971, qui a organisé la coordination au profit des travailleurs migrants, s'avèrera sans doute nécessaire pour résoudre le problème de la coordination des régimes particuliers concernant les fonctionnaires occupant des emplois dans plusieurs Etats membres successivement (la Cour de justice a confirmé l'inapplicabilité des dispositions arrêtées pour les "travailleurs", aux fonctionnaires et personnels assimilés - 8 mars 1979 - Poliman).

En effet, si le fonctionnaire français est déjà dans le champ d'application personnel du règlement en tant qu'assujetti à un régime d'assurance maladie auquel le règlement 1408/71 s'applique (régime général), son régime spécial de retraite est exclu expressément du champ matériel du règlement.

Ce sont donc les régimes de retraite applicables aux fonctionnaires de l'Etat, des collectivités locales et des hôpitaux qui posent problème. Les aspects techniques de l'entrée de ces régimes dans la coordination communautaire sont certes complexes mais ils ont déjà pu être surmontés pour d'autres régimes spéciaux qui appliquent les mêmes règles que ceux des fonctionnaires (cf. R. Ruellan "Protection sociale et Marché intérieur" in "Europe - La Dimension sociale" - Revue française des affaires sociales - novembre 1989).

(1) Cette jurisprudence a un autre intérêt : elle laisse supposer qu'il serait contraire au droit communautaire d'établir des quotas non plus par sexe, mais par nationalité pour l'accès au corps. Ainsi, même si le bon sens suggère qu'il serait de fait peu admissible que certains corps, même s'ils doivent être en principe ouverts aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté, soient exclusivement ou très largement composés de non français, il serait douteux que l'établissement de quotas rigides (pas plus de x % d'étrangers dans un corps) soit conforme au droit communautaire.

Cette coordination appelle évidemment un règlement communautaire même si la Commission estime que la mise en oeuvre de l'égalité d'accès est d'applicabilité directe, sur la base de la jurisprudence de la Cour.

La difficulté tenant à la dissymétrie dans l'organisation des emplois publics n'est pas non plus abordée.

Les conservateurs des musées nationaux, par exemple, ont en France, de par la loi, un pouvoir de police judiciaire (pour parer aux délits contre les biens qu'ils ont la charge de conserver) qu'ils n'ont pas dans d'autres Etats.

Les fonctions de conservation et de police peuvent y être dissociées en deux corps, l'un accessible, l'autre réservé aux nationaux comme comportant l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; dès lors, les Français pourraient-ils postuler dans les musées de pays voisins tandis que les emplois en France demeureraient réservés aux nationaux du fait de cette prérogative particulière ?

On voit que la mise en oeuvre effective du principe de libre accès aux emplois publics soulève nombre de questions délicates si on ne se borne pas à l'appliquer aux seuls emplois subalternes des services économiques et commerciaux fonctionnant de fait comme des entreprises privées.

Les secteurs choisis par la Commission, cependant, pour faire porter, en priorité, son effort d'ouverture à la libre circulation sont ceux qui devraient soulever le moins de problèmes juridiques (1), comme étant les plus éloignés de l'exercice de l'autorité publique (la distribution d'eau ou d'énergie, les soins hospitaliers ou l'enseignement ressortissant, d'ailleurs, ici ou là, tantôt à la gestion administrative tantôt à l'initiative privée). On observera en outre qu'il s'agit des principaux services publics civils, en nombre de personnes employées (enseignement, santé, transport, énergie).

(1) L'exclusion "a priori" des emplois qualifiés de "subalternes" devrait cependant connaître une application "a priori" nuancée : l'huissier d'un ministère, le chauffeur d'un parlementaire ou d'un élu régional, concourent, à leur poste, à l'exercice de responsabilités politiques qui peuvent requérir une discrétion et une loyauté particulières, attributs présumés de la citoyenneté. Concours indirect sans doute, mais la Cour de Justice a expressément admis la "participation indirecte" dans les motifs légitimes de dérogation au libre accès.

L'ouverture n'en sera pas pour autant forcément aisée tant les traditions, voire les corporatismes, sont forts dans certains de ces secteurs...

On doit signaler cependant une initiative importante avec la signature en 1990 d'un accord-cadre conclu entre, d'une part, le Centre européen des entreprises publiques, où siègent, par exemple, la SNCF, Electricité et Gaz de France, et, d'autre part, la Confédération européenne des syndicats, pour favoriser la libre circulation des travailleurs entre les diverses entreprises publiques de transport ferroviaire et de distribution d'énergie.

Enfin, des éléments extérieurs au régime d'accès peuvent peser considérablement sur les flux potentiels, et leur conférer un caractère déséquilibré, qu'il s'agisse de l'attrait relatif des rémunérations et des avantages sociaux ou des obstacles linguistiques par exemple. Apparaissent ainsi "protégées" la Grèce, ou même l'Irlande, qui, à la suite d'une décision de la Cour de Justice (397-87 du 28.11.1989) peut exiger la connaissance du gaélique, langue nationale à l'instar de l'anglais ; connaissance il est vrai en principe exigée des fonctionnaires nationaux. On aperçoit facilement que la situation des différents Etats membres, sous ce double point de vue, n'est pas uniforme.

D'aucuns pourraient trouver quelque peu paradoxal que la Commission se déclare "décidée à entreprendre une action systématique visant à l'élimination des restrictions fondées sur la nationalité", et par conséquent entende faire prévaloir, au besoin par voie contentieuse, son interprétation de règles qui seraient "directement applicables dans les ordres juridiques de tous les Etats membres", "sans qu'il soit nécessaire de proposer des mesures nouvelles de législation communautaire" et "primeraient sur toute disposition nationale contraire" alors même que l'Acte Unique européen dérogeait à la règle de la majorité qualifiée pour maintenir expressément l'exigence d'unanimité lors de l'adoption de réglementation intéressant les statuts professionnels.

L'article 100 A, § 2, du Traité, introduit par l'article 18 de l'Acte Unique européen dispose ainsi : "Le paragraphe 1 (le vote à la majorité qualifiée) ne s'applique pas (...), aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés", écho de l'article 16 de l'Acte Unique européen qui donne désormais à l'article 57, § 2 du Traité, la rédaction suivante : "L'unanimité est nécessaire pour des directives dont l'exécution dans un Etat membre au moins comporte une modification des principes législatifs existants du régime des

professions en ce qui concerne la formation et les conditions d'accès de personnes physiques".

En prévoyant des directives et au surplus leur adoption à l'unanimité pour régler ces matières, l'Acte Unique européen ménage non seulement un minimum de souveraineté nationale mais également les droits des Parlements puisque les directives, après leur adoption par le Conseil des ministres des 12 Etats membres, doivent faire l'objet d'une transposition dans les droits nationaux selon les règles normales de leur procédure législative.

Pour la France, où l'application des règles définies par la Commission entrerait à l'évidence en contradiction avec le statut général de la Fonction publique ainsi qu'avec les différents statuts particuliers, et devrait désormais, selon l'interprétation de la Commission, "primer sur toute disposition nationale contraire", on verrait ainsi une matière que la Constitution, dans son article 34, réserve à la loi ("La loi fixe également les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat... La loi détermine les principes fondamentaux... de la libre administration des collectivités locales..."), régie par cette communication de la Commission ainsi que par le droit prétorien résultant d'une interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, aboutissant notamment à une abrogation de fait des dispositions législatives françaises, procédure bien peu conforme aux traditions juridiques.

Tout en reconnaissant le bien fondé du raisonnement suivi par les arrêts de la Cour de justice à l'égard de l'accès aux emplois d'infirmiers par exemple, certains Etats membres se réservent de faire valoir une méthode moins expéditive, en recherchant une harmonisation en bonne et due forme de la définition des emplois soumis à libre accès et selon les procédures prévues par le Traité de Rome et l'Acte Unique européen. Mais cette concertation devrait progresser rapidement si les Etats membres veulent aménager une ouverture bien ordonnée de l'accès à certains emplois publics, entourée de garanties de réciprocité puisque fixée dans le cadre d'une harmonisation communautaire, et non pas se trouver confrontés à une guerre d'usure visant tantôt tel emploi dans tel Etat membre, telle collectivité locale, tantôt tel autre au gré d'interventions décidées par la Commission de son propre chef ou de litiges individuels portés devant la Cour de justice des Communautés européennes, aboutissant à des décisions judiciaires évidemment dépourvues de caractère réciproque entre Etats membres.

Enfin, on ne doit pas laisser se développer une confusion entre la mise en oeuvre de l'égalité d'accès aux emplois publics et les effets des directives réglant la reconnaissance mutuelle

des formations universitaires, déjà adoptées (professions médicales notamment et formation de trois ans et plus), ou en cours d'examen (formations universitaires de moins de trois ans, qualifications professionnelles techniques, acceptation mutuelle des licences de personnels de l'aviation civile) (1).

Sans doute, la reconnaissance mutuelle des formations dispensées dans chaque Etat membre est-elle un élément très favorable à la libre circulation des candidats aux emplois publics, mais elle ne saurait permettre de plano l'accès à ces emplois, au mépris des règles de recrutement de l'Etat d'accueil.

Telle qualification acquise dans un Etat membre (urbaniste, assistante sociale) peut être soit très abstraite, soit étroitement dépendante du contexte local et s'avérer largement inadaptée aux fonctions à pourvoir dans l'Etat d'accueil, alors même que les formations considérées seraient dans ces deux Etats d'un niveau sensiblement équivalent. En effet, l'urbaniste doit connaître le contexte juridique dans lequel il sera appelé à intervenir, l'assistante sociale, la réglementation qu'elle aura à appliquer... Sans même évoquer la nécessaire connaissance de la langue, indispensable à tous les niveaux : un cheminot doit comprendre les messages de service, un postier les imprimés d'envoi de mandat...

Ces formations présumées équivalentes doivent se concilier avec l'égalité dans les conditions d'accès aux emplois publics, selon les règles de l'Etat d'accueil, à qui, en dernière analyse, il incombe d'organiser les services publics.

Ainsi, le concours, par la neutralité de la compétition, permet à la fois de recruter les personnels les plus aptes aux fonctions considérées (épreuves de droit de l'urbanisme ou de droit social, éventuellement sous forme de cas pratique ou de dossier comportant des documents illustrant le fonctionnement concret du service, rédactions et exposés attestant les connaissances linguistiques) et de respecter la diversité des candidats, dès lors que serait admis leur droit à concourir sur la base de titres reconnus équivalents.

(1) De même, on ne saurait admettre qu'après une première phase de "reconnaissance mutuelle" de certaines qualifications sur la base de directives fixant des exigences minimum de formation, la Commission s'attribue l'harmonisation des formations puis leurs adaptations successives. Cette méthode, proposée dans le projet de directive sur l'acceptation des licences dans l'aviation civile aboutirait à confier à la Commission la définition des qualifications professionnelles et l'organisation des formations. S'agissant plus particulièrement des emplois publics, ce transfert est inenvisageable et outrepassé les compétences de la Commission.

B) Vers une réforme de la loi française

Chargé en décembre 1987 par M. Hervé de CHARETTE, Ministre de la Fonction publique et du Plan, d'une mission d'étude sur les moyens de mettre en conformité les règles françaises du droit de la fonction publique avec l'interprétation du Traité par la Cour de Justice, M. Jean-Pierre PUISSOCHET, Conseiller d'Etat, a remis son rapport en septembre 1988.

M. PUISSOCHET, prenant acte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, justifiée en particulier par un souci d'uniformité du droit communautaire, suggère, en ce qui concerne les emplois dans les administrations françaises, qu'ils soient largement ouverts aux candidats ressortissants des autres Etats membres et esquisse les orientations d'une réforme de la réglementation française comportant des clauses de nationalité.

M. PUISSOCHET expose que le mode normal de recrutement doit demeurer le concours, le principe d'égalité étant étendu à tous les candidats. Il suggère seulement, qu'en cas de doute sur les emplois de la "zone grise", comportant peu ou prou une "participation à l'exercice de la puissance publique", ces emplois "soient présumés faire partie des emplois dans l'administration publique", et soient par conséquent soustraits à la libre circulation. Cette solution conserverait donc aux Etats la responsabilité de la définition des emplois concourant "à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques".

Rien n'empêcherait cependant un ressortissant communautaire évincé de ces emplois, ou la Commission, de contester cette définition devant la Cour de Justice qui semble bien devoir demeurer la maîtresse du jeu pour longtemps...

Le risque, dans le cas français, est plus particulièrement celui non seulement de recours individuels, mais de recours visant directement les clauses générales des statuts prévoyant l'exigence de nationalité.

Un contentieux portant sur une telle clause, s'il devait aboutir à une déclaration de non conformité au Traité, mettrait à l'évidence le législateur français (ou l'autorité de tutelle pour les grandes entreprises publiques) devant une brusque exigence de réforme, sans que soit pour autant garantie la réciprocité au bénéfice des ressortissants français.

Pour prévenir pareille difficulté et pour mettre le droit français en accord avec les principes dégagés par la Cour de Justice,

M. PUISSOCHET suggère des solutions que reprend ainsi le Professeur BACLET-HAINQUE.

"Le législateur pourrait ainsi modifier l'article 5 de deux façons :

"Il peut abandonner la condition de nationalité, en prévoyant que l'accès à la fonction publique est ouvert à tous les ressortissants des Etats membres de la Communauté à l'exclusion de certains corps, fonctions ou emplois parce qu'il est "nécessaire pour des raisons constitutionnelles que le législateur réserve aux Français l'accès aux emplois qui, d'une manière ou d'une autre, se rattachent à l'exercice de la souveraineté nationale ou à la défense des intérêts généraux de l'Etat. Il conviendra, alors, de définir les critères permettant d'appliquer la classification des emplois publics établis par les institutions communautaires.

"Le Parlement peut, à l'inverse, maintenir la condition de possession de la nationalité française, à l'exclusion de certains corps, fonctions ou emplois qui seraient accessibles aux ressortissants des Etats membres. Ainsi, l'on pourrait "élargir le nombre des exceptions législatives au principe selon lequel les fonctionnaires doivent être de nationalité française" et/ou "instaurer de véritables statuts spécifiques d'agents contractuels pour les ressortissants de la Communauté".

"Dans les deux cas, le Parlement devra "déterminer les principes fondamentaux" et laisser le soin au pouvoir réglementaire (décrets en Conseil d'Etat) d'identifier les corps, grades et emplois.

"La deuxième hypothèse est la plus en conformité avec la tradition française et avec la lettre du texte du traité.

"Une telle modification rencontrera en tout état de cause les difficultés nées de toutes les règles statutaires traditionnelles de la fonction publique. "Il est d'ailleurs à noter qu'une telle orientation aurait, sans nul doute, la faveur des instances communautaires qui ont, elles aussi, proposé cette dichotomie".

Le rapport PUISSOCHET propose, quant à lui, la rédaction d'un article 5 bis ainsi rédigé :

"Des décrets en Conseil d'Etat peuvent ouvrir aux ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne autres que la France l'accès aux corps de fonctionnaires comportant des emplois qui, en raison de leur nature ou des missions de service, notamment parce qu'ils sont séparables de l'exercice de la souveraineté, sont susceptibles de leur être dévolus. Les intéressés ne

peuvent en aucun cas être affectés dans des emplois ne présentant pas ces caractères au cours de leur carrière".

Le groupe de travail mis en place à la direction de la fonction publique a, au terme de ses travaux en avril 1989, rédigé un projet de loi modifiant l'article 5 dans le sens retenu par le rapport PUISSOCHET et qui devrait être soumis prochainement au Parlement.

La réforme ne réglerait cependant pas tous les problèmes. En effet, par-delà la clause de nationalité, la loi du 13 juillet 1983 soulève de nombreuses autres questions comme l'indique le Professeur BACLET-HAINQUE.

L'article 5 de la loi dispose que "nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire.

"... 2° S'il ne jouit de ses droits civiques ;

"3° Le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ;

"4° S'il ne se trouve en position régulière au regard du Code du Service national".

L'application de ces dispositions à des étrangers souhaitant accéder à la fonction publique est complexe et pourtant devra être clarifiée pour permettre le respect du principe d'égalité.

Concernant la disposition contenue dans le deuxième alinéa, il est évident que les autorités françaises ne sauraient exiger d'un étranger qu'il jouisse des droits civiques attachés à la possession de la nationalité française. Devra-t-il alors jouir de droits civiques dans son pays ?

La même question se pose à propos du quatrième alinéa.

Si l'on y répond positivement, il faudra alors prévoir les moyens de preuve que les étrangers devront apporter.

On ne saurait accepter en la matière la méthode que préconise la Commission pour la libre prestation de services, à savoir l'admission par l'Etat d'accueil de toutes certifications établies dans l'Etat de provenance, sans vérification possible.

La question la plus délicate concerne évidemment le troisième alinéa.

En effet, nul ne saurait sérieusement contester le droit pour une autorité publique d'écarter d'emplois publics des individus ayant fait l'objet de certaines condamnations pénales. Ne pas y soumettre les étrangers porterait atteinte au principe d'égalité.

Mais maintenir le troisième alinéa (même avec une rédaction adaptée à la situation des étrangers) débouche sur un problème d'une extrême complexité. Le droit judiciaire est propre à chaque Etat et il en résulte que, d'un pays à l'autre, le droit pénal et la définition des infractions ne sont pas homogènes.

En outre, le système français du casier judiciaire n'est pas transposable à tous les pays de la Communauté (modes d'inscription, conditions de fonctionnement...).

Reste une dernière question, celle de l'uniformisation des modes d'accès à la fonction publique dans les différents Etats membres. Pour l'instant, en l'état du droit communautaire, la question ne se pose pas. Aussi les conditions de recrutement à la fonction publique française pourront demeurer inchangées, c'est-à-dire reposer sur le concours, du moins tant que ne sera pas étendu au recrutement des fonctionnaires le raisonnement qui est à la base des règles communautaires organisant la libre circulation des travailleurs.

L'article 3, § 1, du règlement CEE n° 1612/68 n'énonce-t-il pas en effet que doivent être écartées les dispositions nationales ou les pratiques administratives qui, "bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants d'autres Etats membres ?"

Une extension pure et simple de ce raisonnement n'est d'ailleurs guère admissible : imposer aux candidats à une fonction dans une direction départementale de l'équipement la connaissance du droit administratif français et de l'organisation des services, ne peut pas être considérée comme une clause discriminatoire, mais la condition de l'efficacité au poste brigué. Et on ne saurait présumer la possession de ces connaissances indispensables du seul fait que le candidat serait titulaire d'un diplôme de droit allemand ou grec...

Si on est conduit à préconiser une conciliation prudente entre ouverture aux ressortissants communautaires et maintien de règles nationales, notamment de recrutement, c'est non seulement pour conserver le niveau de qualification des agents publics, pour une raison de bonne administration donc, mais également pour une raison plus importante encore, puisqu'elle touche au fonctionnement démocratique des institutions.

En effet, l'administration de l'Etat comme des collectivités locales n'est que l'instrument d'exécution de la volonté générale telle que les élus ont reçu mandat de l'appliquer.

On aperçoit, dès lors, que le maintien de l'exigence de nationalité pour nombre des fonctions d'exécution de l'administration ne témoigne ni d'un colbertisme attardé, ni encore moins d'un absolutisme gallican hors de saison, mais bien de la nécessité d'assurer la discipline, la loyauté et la continuité dans le service qui caractérisent la fonction publique dans le système démocratique.

Les principales charges publiques requièrent encore en effet "la fidélité et l'affection au prince et aux lois de l'Etat" qu'évoquait DOMAT, à cette différence près que le prince est aujourd'hui le citoyen et la loi, l'expression des choix du suffrage universel.

On peut soutenir que la subordination de l'administration au pouvoir politique, c'est-à-dire à la volonté générale, requiert les liens de la citoyenneté, et accueillir par conséquent avec prudence, l'abandon de la clause de nationalité, et écarter cette fois résolument les propositions du Parlement européen tendant à substituer des statuts communautaires aux régimes nationaux ou les propositions récurrentes de la Commission de créer, à l'occasion de chaque nouvelle norme, des "corps de contrôle" communautaires. Organe de proposition, la Commission ne doit pas se transformer insidieusement, même pour les meilleures raisons du monde (environnement, protection du consommateur, développement régional ou industriel) en institution de gestion, redoublant les administrations nationales avec nécessairement moins d'efficacité, moins d'adaptabilité et moins de responsabilité.

IV - LES CONCLUSIONS DE LA DÉLÉGATION

- Considérant que le Traité de Rome pose pour principe essentiel de la Communauté la non discrimination à raison de la nationalité, que la libre circulation des travailleurs en est le corollaire,
- rappelant cependant que le Traité ménage une exception au principe de libre circulation pour les emplois dans l'administration publique,
- rappelant que la Cour de Justice des Communautés européennes a fait prévaloir le principe de non discrimination sur les différentes qualifications nationales en dégagant une acception commune des emplois dans l'administration publique,
- observant que cette jurisprudence s'inspire de la distinction opérée par le Conseil d'Etat français entre le critère organique et le critère matériel, retenant avec ce dernier les éléments de fait qui permettent de caractériser les emplois comportant une participation à l'exercice de l'autorité publique,
- rappelant la communication de la Commission qui systématise l'interprétation des règles communautaires par la Cour de Justice,
- observant que la mobilité des citoyens des Etats membres dans les emplois relevant des administrations publiques est encore marginale et sans doute freinée par les disparités dans l'organisation des services publics et dans les modes de recrutement,

LA DÉLÉGATION

- considère que, s'il est légitime que l'organisation des services publics continue de relever de la seule compétence des Etats membres, l'exigence de nationalité n'apparaît pas fondée pour nombre d'emplois de ces services ;
- approuve la définition des secteurs qu'une communication de la Commission désigne comme devant s'ouvrir prioritairement à la libre circulation des travailleurs, à savoir :
 - . les services opérationnels de santé publique,
 - . l'enseignement dans les établissements publics,
 - . les services publics industriels et commerciaux (transports, énergie, postes, radio-télévision),

la recherche civile ;

La Délégation considère cependant que, même dans ces fonctions, une bonne connaissance de la langue et de l'organisation du service est nécessaire, outre les qualifications acquises dans l'Etat d'origine ;

La Délégation estime que, s'agissant des secteurs ouverts à la libre circulation, lorsque l'évolution normale de la carrière amène à participer à l'exercice de l'autorité publique, comme c'est le cas en France pour les emplois les plus qualifiés, l'Etat peut réserver ce stade à ses ressortissants, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice ;

La Délégation estime que, les règles communautaires actuelles organisant la coordination des régimes de sécurité sociale et de retraite au profit des travailleurs migrants ne s'appliquant pas aux régimes spéciaux des fonctionnaires et agents publics, il conviendra de leur étendre le bénéfice de cette réglementation, élément indispensable de la mobilité ;

La Délégation prend acte de l'énoncé que fait la communication de la Commission des fonctions explicitement exclues de la libre circulation (forces armées, police, magistrature, diplomatie, emplois de responsabilité des administrations centrales et territoriales) ; elle estime cependant qu'il convient de présumer la compétence nationale pour la définition des emplois soustraits à la libre circulation ;

Enfin, la Délégation considère que l'ouverture de l'accès aux emplois publics doit se concilier avec le mode de recrutement dans ces emplois, à savoir le concours qui garantit, en France et dans nombre d'Etats membres, la neutralité et l'adéquation des qualifications ;

Elle souligne en effet que les directives communautaires aménageant des systèmes de reconnaissance mutuelle des formations universitaires et des qualifications professionnelles ne sauraient prévaloir sur la règle du concours fondée en France sur la Déclaration des Droits de 1789, ayant valeur constitutionnelle ;

La Délégation estime enfin que l'ouverture des emplois administratifs des Etats membres, dans les conditions rappelées ci-dessus, doit se concilier avec la bonne exécution des décisions des responsables politiques et avec la satisfaction des usagers, impératifs primordiaux de l'organisation des services publics.