



L'accès des Européens à la fonction publique française

Introduction

L'accès à la fonction publique française était réservé dans le passé aux seuls nationaux français.

Il est désormais ouvert, sous certaines conditions, aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne autres que la France, ainsi qu'à ceux des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace Economique Européen.

Cette évolution radicale, juridiquement introduite jusqu'à présent par le biais de textes « dérogatoires », est abordée ci-après, dans ses contextes juridiques français et communautaire, évolution qu'on peut d'ailleurs rapprocher de celle qui s'esquisse actuellement en ce qui concerne la notion française de « service public » progressivement imprégnée par celle de « service d'intérêt économique général », voire celle de « service universel », portée par le droit communautaire, l'institution d'un marché unique européen mettant en question l'existence des monopoles publics nationaux et obligant à une nouvelle réflexion sur les entreprises d'intérêt général.

La condition de nationalité, qui se trouvait traditionnellement intégrée, en droit français, jusqu'à l'intervention du traité de Rome, aux conditions d'accès à la fonction publique en France, sera évoquée ci-après dans une première partie (1).

Cette même condition de nationalité sera ré-examinée dans une deuxième partie (2), au regard du droit communautaire, et notamment de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dans le cadre de l'application du traité de Rome.

Dans une troisième partie (3), se trouveront parallèlement recherchées les règles qui résultent, pour la prise en compte de cette même condition de nationalité, de l'entrée en vigueur de l'accord de Porto instituant un Espace économique européen et de l'interprétation qu'en a adopté la Cour de justice des Communautés européennes dans un cadre européen élargi, compte tenu des problèmes de compatibilité que poser cet accord international au regard des traités communautaires et du traité sur l'Union européenne, eux-mêmes source du rapprochement et de l'union progressive des peuples des Etats membres de l'Union européenne.

Une quatrième partie (4) visera à préciser les modifications juridiques progressivement adoptées en France, dans le droit positif de la fonction publique, à propos de cette même question de nationalité, depuis l'intervention du traité de Rome instituant la Communauté européenne (s'agissant alors de la Communauté économique européenne).

L'ouverture de la fonction publique territoriale française aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne autres que la France, ainsi que des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, sera particulièrement évoquée, en dernier lieu, dans une cinquième partie (5).

1. La condition de nationalité traditionnellement intégrée, jusqu'à l'intervention du traité de Rome, dans le statut de la fonction publique française

1.1. L'exclusion des étrangers de l'exercice de fonctions publiques a reposé traditionnellement depuis l'Ancien régime sur des motifs que le juriste Domat, au XVII^{ème} siècle, dans son ouvrage intitulé « Des lois civiles », formulait comme suit:

« 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 aux princes et aux lois de l'Etat qu'on ne présume pas dans un étranger ».

- *1.2. Cette exclusion a été précisément énoncée par l'article 23 de la loi n° 46-1204 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, selon lequel:*

« Nul ne peut être nommé à un emploi public:

« 1° S'il ne possède la nationalité française depuis cinq ans au moins... »

1.2.1. Cette loi ne s'appliquait strictement qu'aux « personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade d'une

administration centrale de l'Etat, des services extérieurs en dépendant, ou d'établissements publics de l'Etat ».

1.2.2. Elle ne concernait donc pas les agents des services et organismes créés temporairement depuis 1939 afin d'assurer des fonctions nées des conditions exceptionnelles de la guerre, de l'occupation et de l'économie dirigée; elle écartait en outre de son champ d'application diverses catégories de personnels traditionnellement regardés comme fonctionnaires, tels que les agents des collectivités locales, les magistrats de l'ordre judiciaire et les militaires.

- *1.3. La portée limitée de cette loi, qualifiée pourtant de « statut général », a imposé de revenir, pour la définition des fonctionnaires publics, à celle donnée par la jurisprudence qui énonçait d'une façon générale qu' « est fonctionnaire public la personne qui concourt de façon permanente à l'exécution d'un service public administratif » (Tribunal des conflits, 15 janvier 1938, S. 1938.3.28).*
- *1.4. Exceptions aux incapacités d'accès liées à la naturalisation ou à la nationalité.*

1.4.1. Fondée sur une exigence d'assimilation, la disposition de l'article 23 de la loi du 19 octobre susvisée, qui frappait les citoyens naturalisés d'une incapacité d'accès à la fonction publique pendant les cinq premières années de leur naturalisation, tendait à éviter aux autorités administratives les difficultés qui pouvaient résulter de la possibilité d'un retrait de la nationalité dans le délai d'une année à compter de la publication du décret de naturalisation; ce texte supportait toutefois des exceptions au bénéfice de naturalisés justifiant avoir accompli certains services dans l'armée ou pendant la guerre (Avis du Conseil d'Etat du 13 juin 1949).

1.4.2. L'exclusion des étrangers de la fonction publique comportait par ailleurs quelques exceptions en ce qui concernait notamment :

Les citoyens de l'Union française, en application de l'article 81 de la Constitution de 1946, c'est-à-dire les ressortissants des territoires français d'outre-mer ou sous tutelle et des territoires sous mandat français tels que le Maroc et la Tunisie, selon un avis du Conseil d'Etat du 12 mai 1949 (Solution inversée par un avis ultérieur du 18 mars 1955 du Conseil d'Etat qui décide que les sujets marocains sont alors expulsables de France comme des étrangers et ne sont donc intégrables à la fonction publique que sous réserve d'accords de réciprocité avec l'Etat associé du Maroc, comme pour les ressortissants des autres Etats associés de l'Indochine et de la Tunisie);

Les citoyens monégasques, conformément à un décret du 22 novembre 1935;

Les instituteurs andorrans des écoles françaises d'Andorre, en application d'une loi du 24 mai 1901.

1.4.3. Selon le Conseil d'Etat, la condition de nationalité française depuis cinq ans ne devait être imposée qu'aux personnes ayant acquis la nationalité française par voie de naturalisation, et n'était donc pas applicable aux femmes étrangères devenues françaises par l'effet du mariage, sauf pendant le délai de six mois alors prévu pour qu'elles puissent jouir à son expiration de la totalité de leurs droits civiques.

- *1.5. La condition de nationalité pouvait dans certains cas s'étendre aux conjoints de certains fonctionnaires (armée, diplomatie), selon un arrêt du 5 novembre 1954 du Conseil d'Etat (Rec. 574).*
- *1.6. D'une manière générale, cette condition de nationalité avait pour effet de faire présumer le loyalisme national des candidats à la fonction publique.*

C'est pourquoi, cette présomption s'étant trouvée parfois démentie dans le contexte de la Deuxième Guerre mondiale, une ordonnance du 27 juin 1944 et d'autres textes relatifs à l'épuration, se plaçant sur le terrain professionnel, avaient prévu la répression disciplinaire des actes des fonctionnaires contraires aux intérêts nationaux et à l'obligation de loyalisme tels que la propagande en faveur de l'ennemi; des ordonnances du 21 décembre 1943 avaient prévu la répression du crime d'indignité nationale par la peine afflictive et infâmante de la dégradation nationale, à titre principal ou accessoire, pour les Français ayant participé aux organisations créées sous le gouvernement de Vichy, ou ayant apporté leur aide à l'ennemi, ou ayant attenté à l'unité nationale ou aux libertés et à l'égalité des Français; cette peine entraînait automatiquement l'incapacité à vie d'accès à tous les emplois publics; une ordonnance du 15 janvier 1951 a réduit la durée de cette dégradation à vingt ans, en la transformant en peine correctionnelle, mais a maintenu l'exclusion des emplois publics; une autre loi du 6 août 1953 a permis d'effacer un grand nombre de ces incapacités, mais l'amnistie n'a pas ouvert un droit à réintégration dans les emplois publics ou à reconstitution de carrière.

- *1.7. Menacés par les vicissitudes électorales, les agents communaux avaient longtemps demandé à être protégés par un statut.*

1.7.1. Une loi du 23 octobre 1919 rendit obligatoire l'élaboration d'un statut pour les agents des communes de plus de 5.000 habitants; en application d'une loi du 12 mars 1930, tous les fonctionnaires des communes où existaient des emplois communaux confiés à titre permanent à un personnel exclusivement communal devaient avoir un statut; pour les communes de population supérieure à 5.000 habitants, et qui n'avaient pas doté leur personnel d'un statut, le statut-type annexé à un décret du 10 mars 1920 (JO du 27 mars) était rendu applicable d'office par arrêté préfectoral; pour les autres communes, les dispositions relatives au recrutement, à l'avancement et à discipline étaient celles prévues au règlement annexé à un décret du 6 janvier 1939 et par les dispositions votées par le conseil municipal en ce qui concerne les autres éléments du statut; en application de l'article 88

de la loi municipale du 5 avril 1884, modifiée par la loi du 12 mars 1930 susvisée, le statut du personnel de chaque commune était voté par le conseil municipal mais devait être conforme au statut-type susmentionné; l'article 78 d'une loi du 21 décembre 1937 interdisait de verser aux employés des communes et des établissements publics communaux des émoluments supérieurs à ceux des fonctionnaires de l'Etat remplissant des fonctions analogues.

1.7.2. Complétant cette évolution, et à la suite d'une ordonnance du 17 mai 1945, le statut du personnel des communes et des établissements publics communaux s'est trouvé fixé, pour toutes les communes de la métropole et de l'Algérie, à l'exception de Paris, par une loi du 28 avril 1952, modifiée par une loi du 22 mars 1957, qui poursuivait le mouvement de fusion des personnels communaux sur le plan de la rémunération, de la discipline et de la gestion, et qui d'autre part réalisait un alignement très net de la situation de ces agents sur celle des agents de l'Etat; l'assimilation des agents communaux aux fonctionnaires de l'Etat se traduisait par de nombreux articles de cette loi, directement reproduits de la loi du 19 octobre 1946 susvisée, et modifiés dès que celle-ci l'était.

Le statut de 1952 concernait « les agents des communes et des établissements publics communaux titularisés dans un emploi permanent et à temps complet, sans qu'il soit dérogé aux dispositions législatives et réglementaires qui créent, en faveur de certaines catégories d'agents, un régime spécial », et ne s'appliquait qu'aux agents relevant de services publics administratifs, en ceux-ci compris les hôpitaux et les hospices civils, les établissements de crédit municipal, les bureaux d'assistance et de bienfaisance et les caisses des écoles.

1.7.3. En application d'un décret du 22 mai 1957 (JO du 2 juin), ce statut avait été codifié aux articles 477 à 626 du code d'administration communale, transférés ultérieurement, en application des décrets n°s 77-372 et 373, au livre IV du code des communes, dans ses articles L. 411-1 à L. 444-5 pour ses dispositions de nature législative, et R. 411-1 à R. 444-186 pour ses dispositions de nature réglementaire.

1.7.3.1. Notamment, l'article R. 412-2 du code des communes spécifiait, en accord avec la jurisprudence du Conseil d'Etat:

« Nul ne peut être nommé à un emploi communal:

« 1° S'il ne possède la nationalité française, sous réserve des incapacités prévues par le code de la nationalité. »

1.7.4. Se trouvaient exclus du statut général des personnels communaux:

Les personnels des établissements communaux qui présentaient un caractère industriel ou commercial (Article L. 411-6 du code des communes);

Les sapeurs-pompiers communaux (Article L. 411-7);

es personnels des offices publics communaux et intercommunaux d'habitation à loyer modéré (Article L. 411-8);

Les personnels des établissements d'hospitalisation publics, des hospices publics et des maisons de retraite publiques des communes et de leurs groupements (Article L. 411-9, renvoyant à l'article L. 792 du code de la santé publique);

Les personnes des caisses de crédit municipal (Article L. 411-10, renvoyant au décret n° 55-622 du 20 mai 1955);

Les agents communaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet (Articles L.421-1 à L. 421-16 et R. 421-1 à R. 421-27);

Les agents non titulaires (Articles L. 422-1 à L. 422-8 et R. 422-1 à R. 422-41).

- *1.8. En ce qui concernait les fonctionnaires de l'Etat, l'intervention de la Constitution du 4 octobre 1958 est venue modifier les règles antérieures de répartition des compétences entre le législatif et l'exécutif, et l'article 34 de ce texte fondamental n'attribue désormais au domaine de la loi que la fixation des règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, sous réserve d'une extension de compétence par voie de loi organique.*

Ce nouveau dispositif a conduit le Gouvernement à user de pouvoirs spéciaux qu'il tenait de l'article 92 de la Constitution pour assurer par voie d'ordonnances la répartition, entre la loi et le règlement, des dispositions contenues dans la loi du 19 octobre 1946 susmentionnée.

1.8.1. L'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959, relative au statut général des fonctionnaires, a remplacé la loi du 19 octobre 1946, qui s'était elle-même substituée au premier statut général du 14 septembre 1941, déclaré nul par une ordonnance du 8 août 1944 et jamais appliqué; elle reprenait le plan de la loi du 19 octobre 1946, en respectant l'intitulé général de ses titres.

1.8.2. Renonçant toutefois à une interprétation trop stricte de l'article 34 de la Constitution, le Gouvernement ne s'était pas borné, dans cette ordonnance, à définir les seules garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires. Le nouveau statut général s'attachait en effet à reprendre, pour chacun des domaines essentiels qui constituent la situation des fonctionnaires, ceux des articles de la loi du 19 octobre 1946 qui posaient des principes. L'ordonnance susvisée du 4 février 1959 apparaissait donc surtout comme un texte qui définissait les principes généraux de la fonction publique.

1.8.2.1. Sur les conditions d'accès à la fonction publique, l'article 16 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 s'inspirait largement des dispositions de l'article 23 de la loi du 19 octobre 1946. En outre, s'agissant de la condition relative à la possession de la nationalité française, cet article 16 tenait compte des avis du Conseil d'Etat selon lesquels l'article 23 de la loi du 19 octobre 1946

n'avait pu créer aucune incapacité nouvelle en matière de nationalité, le régime de ces incapacités demeurant fixé par l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code la nationalité (Cf. Instruction n° 434/FP du 13 mai 1959 relative à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 portant statut général des fonctionnaires, JO du 22 mai 1959).

1.8.2.2. Selon l'ordonnance n° 59-70 du 7 janvier 1959, les ressortissants et anciens ressortissants des territoires et Etats sur lesquels la France, en son nom propre, en celui des autorités locales ou en vertu d'une convention internationale, avait, soit accompli des actes de souveraineté, soit contrôlé l'exercice de la souveraineté locale, pouvaient être admis à bénéficier des modalités particulières d'accès dans les cadres de la fonction publique ou des services français, sous réserve d'avoir occupé à titre permanent, pendant un an au moins, des emplois dans les administrations et services publics constitués dans les territoires et Etats visés ci-dessus ou en relevant.

- *1.9. Le statut général des fonctionnaires contenu dans l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 a été abrogé par l'article 93 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, loi qui constitue désormais le titre II du statut général des fonctionnaires de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers, à la suite de l'intervention de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui constitue le titre Ier de ce même statut général, son titre III étant lui-même contenu dans la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, et son titre IV dans la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.*

1.9.1. Ne sont pas soumis au statut général, et sont dotés de statuts particuliers:

Les militaires;

Les personnels des assemblées parlementaires;

Les magistrats de l'ordre judiciaire;

Les agents de la Direction générale de la sécurité extérieure.

1.9.2. Aux termes de l'article 5 du texte initial de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 susvisée:

« Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire:

« S'il ne possède la nationalité française... »

1.9.2.1. Cette formulation traditionnelle tient compte toutefois de l'abrogation de l'article 81 du code de la nationalité (qui écartait les naturalisés

de la fonction publique pendant les 5 ans qui suivaient leur naturalisation, cf. Supra).

1.9.2.2. La condition de nationalité, ainsi maintenue dans le statut général des fonctionnaires, a été critiquée dès 1991 par les tribunaux, dans l'ordre interne français, considérant que l'article 5 du titre Ier du statut général (dans sa formulation de 1983) n'était pas conforme à l'article 48 du traité de Rome (Cf. T.A. Versailles, 17/12/1991, Bourkoulas c/ Préfet de l'Essone et Min. des P et T et Espace: AJDA 1992, p. 548, Obs. S. Salon – Annulation d'un refus d'emploi opposé à un ressortissant de la CEE pour non-possession de la nationalité française; voir aussi T.A. Paris, 9/6/1992, Bleis, Req. N° 89.06.157: Juris-Data n° 048742.)

<p>2. La condition de nationalité applicable aux emplois publics dans le cadre du droit communautaire</p>

Aux termes de l'article 48 du traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1er janvier 1958 (Publication au Journal officiel de la République française du 2 février 1958, pp. 118 ss.):

«1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition.

«2. Elle implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

«3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique:

De répondre à des emplois effectivement offerts;

De se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres;

De séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux;

De demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un Etat membre, après y avoir occupé un emploi.

«4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. »

- *2.1. Par un arrêt rendu le 17 novembre 1980 dans un litige qui opposait la Commission européenne à l'Etat belge (Aff. 149/79, Commission c/ Belgique, Rec. 3881), la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a décidé que:*

« La détermination du champ d'application du paragraphe 4 de l'article 48 soulève ... des difficultés particulières en raison du fait que, dans les divers Etats membres, la puissance publique a assumé des responsabilités de caractère économique ou social, ou participé à des activités qui ne sont pas assimilables aux fonctions typiques de l'administration publique, mais qui relèvent par contre, en raison de leur nature, du domaine d'application du traité. Dans ces conditions, le fait d'étendre l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4, à des emplois qui, tout en relevant de l'Etat ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent cependant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite, aurait pour conséquence de soustraire à l'application des principes du traité un nombre considérable d'emplois et de créer des inégalités entre Etats membres en fonction des disparités qui caractérisent l'organisation de l'Etat et celle de certains secteurs de la vie économique. »

Dans le même arrêt, la CJCE a fixé en conséquence les critères, devenus célèbres, qui autorisent à réserver un emploi dans l'administration publique aux seuls nationaux:

« Cette qualification dépend de la question de savoir si les emplois en cause sont, ou non, caractéristiques des aspects spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat. »

2.1.1. Par un autre arrêt du 26 mai 1982 (Aff. 149/79, Commission c/ Belgique, Rec. 1851), la CJCE a marqué en outre expressément que l'examen du paragraphe 4 de l'article 48 du traité de Rome devait jouer tant au profit des autorités locales que des autorités de l'Etat, en complétant la mention relative aux intérêts généraux de l'Etat par la précision: « ... auxquels doivent être assimilés les intérêts propres des collectivités publiques, telles que les administrations municipales. »

(L'application en France de cette jurisprudence implique que des emplois territoriaux – communaux, départementaux ou régionaux – peuvent y être réservés exclusivement et légitimement aux nationaux, quelle que soit l'importance, administrative ou démographique, de la collectivité territoriale concernée, dès lors que ces emplois participent de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat – comme pour les emplois communaux de l'état civil, des élections, des affaires militaires, des archives ou de la police municipale – ou des intérêts propres de la collectivité – tels que les emplois de directeur des services, ou de responsable de service contentieux).

2.1.2. Les emplois communaux litigieux pour lesquels l'Etat belge soulevait une réserve de nationalité, dans la dernière affaire susvisée, étaient les suivants: aide-jardinier, architecte, contrôleur, chef de bureau technique,

contrôleur principal, contrôleur des travaux, contrôleur des inventaires, électricien, infirmière, infirmière aux crèches, menuisier, plombier, puéricultrice, surveillant, veilleur de nuit.

2.1.3. Le gouvernement belge soutenait en particulier, dans cette même affaire, pour écarter à l'égard desdits emplois le recours à des ressortissants d'autres Etats membres de la Communauté européenne (alors Communauté économique européenne), que « les agents communaux, fréquemment en contact avec la population, doivent nécessairement être acceptés par celle-ci. »

2.1.3.1. Mais cet argument a été regardé par la Cour comme contraire à l'objectif indiqué dans le préambule du traité de Rome d' « établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens. »

2.1.4. La Commission admettait pour sa part, dans cette même affaire, au vu de la description des emplois litigieux fournie par le gouvernement belge, que les architectes et contrôleurs et « certains veilleurs de nuit, dont l'activité de surveillance des bâtiments ou lieux à garder serait de nature à leur permettre d'avoir un accès aisé à des secrets de la collectivité publique concernée », répondaient aux critères énoncés par la Cour.

La Commission y précisait qu'elle considérait comme couverts par l'exception de l'article 48-4 « les emplois relevant (...) des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés (...), dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires et autres agents) qui exerce les activités ordonnées autour du pouvoir juridique public, telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants: « ... 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. »

Cette communication, quoique dépourvue de caractère normatif, apparaît toutefois, depuis lors, indicative des présomptions susceptibles de guider les services de la Commission pour l'examen des règles nationales applicables aux différents emplois du secteur public.

La Commission y annonçait qu'elle comptait examiner en priorité de manière systématique les secteurs suivants où, dans la plupart des Etats membres, les autorités locales ont d'importantes compétences:

Les organismes chargés de gérer un service commercial (par exemple, transports publics);

Les services opérationnels de santé publique;

L'enseignement dans les établissements publics;

La recherche à des fins civiles dans les établissements publics.

Les actions annoncées en 1988 par la Commission n'ayant pas fait l'objet de publicité, on peut simplement noter que la seule affaire introduite depuis devant la CJCE en matière d'emplois dans l'administration publique ne l'a pas été par la Commission mais par le biais d'une question préjudicielle soulevée par les parties dans l'affaire Steen c/ Deutsche Bundespost (C-332/90), qui a donné lieu, à l'audience, à une procédure orale.

3. L'entrée en vigueur de l'accord sur l'Espace économique européen

Le 2 mai 1992 était signé à Porto un accord international, dit « Accord sur l'Espace économique européen » (EEE), par les représentants des Etats et ensembles d'Etats suivants:

- Les Etats alors membres de la Communauté économique européenne (CEE), à savoir:

La Belgique,

Le Danemark,

L'Allemagne,

La Grèce,

L'Espagne,

La France,

L'Irlande,

L'Italie,

Le Luxembourg,

Les Pays-Bas,

Le Portugal,

La Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord,

- La Communauté économique européenne (CEE),

- La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA),

- Les Etats alors membres de l'Association européenne de libre échange (AELE), à savoir:

L'Autriche,

La Finlande,

L'Islande,

Le Liechtenstein,

La Norvège,

La Suède,

La Suisse.

Cet accord, entré en vigueur le 1er janvier 1994, se donnait pour objet de favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes, dans des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, en vue de créer un Espace économique européen homogène.

A ces fins, les parties se donnaient comme règles de base dans leurs relations économiques réciproques:

La libre circulation des marchandises;

La libre circulation des personnes;

La libre circulation des services;

La libre circulation des capitaux;

L'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée et que les règles y afférentes sont respectées de façon égale;

Le renforcement de la coopération dans d'autres domaines tels que la recherche et le développement, l'environnement, l'éducation et la politique sociale.

- *3.1. L'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède à l'Union et aux Communautés européennes, par le traité de Corfou des 24 et 25 juin 1994, a réduit la liste des Etats parties à l'EEE mais non membres de la Communauté européenne (substituée à la Communauté économique européenne par le traité de Maastricht du 7 février 1991, entré en vigueur le 1er novembre 1993) à l'Islande, au Liechtenstein, à la Norvège (où un référendum populaire s'est opposé à la ratification du traité de Corfou) et à la Suisse.*

La Suisse elle-même s'est retirée ultérieurement de l'EEE par suite d'un désapprobation par référendum dans ce pays.

L'existence d'un accord douanier, du 29 mars 1923, entre la Suisse et le Liechtenstein, et la modification de cet accord intervenue le 2 novembre 1994, ont retardé l'entrée en vigueur de l'accord EEE pour le Liechtenstein jusqu'au 1^{er} mai 1995 (Décision du Conseil de l'EEE n° 1/95 relative à l'entrée en vigueur

de l'accord sur l'Espace économique européen pour la Principauté du Liechtenstein, fait à Bruxelles le 10 mars 1995).

- *3.2. L'article 28 de l'accord EEE reprend textuellement les termes de l'article 48 du traité de Rome susvisé; notamment, son paragraphe 4 spécifie, comme le paragraphe 4 de l'article 48 du traité CE:*

« Les dispositions du présent article [relatives à la libre circulation des travailleurs entre les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats de l'AELE] ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ».

- *3.3. Est notamment annexé à l'accord de Porto, conformément à son article 104 §2, son protocole 34 « concernant la possibilité pour les juridictions des Etats de l'Association européenne de libre échange de demander à la Cour de justice des Communautés européennes une décision sur l'interprétation des règles de l'accord sur l'Espace économique européen correspondant à des règles communautaires », dont il résulte que la jurisprudence de la CJCE relative à l'article 48 du traité de Rome est applicable par cette juridiction communautaire à l'article 28 de l'accord EEE susmentionné.*

A contrario, la doctrine de la Commission, relative au paragraphe 4 dudit article 48 du traité de Rome, de nature non juridictionnelle, ne peut être directement applicable, au-delà de la Communauté européenne, aux Etats de l'AELE.

- *3.4. Par le mécanisme du protocole 34, les Etats de l'AELE peuvent donc permettre à leurs juridictions nationales de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes sur l'interprétation des normes de l'accord EEE identiques à des dispositions communautaires.*

3.4.1. Ce mécanisme diffère sensiblement de celui prévu à l'article 177 du traité de Rome puisque les juridictions nationales statuant en dernier ressort ne sont pas tenues de saisir la Cour et les arrêts que celle-ci rendrait à cet égard ne s'imposent pas à la juridiction auteur de la saisine.

- *3.5. Dans un avis rendu le 14 décembre 1991, n° 1/91 (Gaz. Pal. 19 mars 1992), la CJCE a constaté, à propos de l'article 104 §2 de l'accord de Porto, qu'il n'est pas incompatible avec le traité de Rome de prévoir une compétence à son profit pour interpréter les dispositions d'un accord international aux fins de son application dans des Etats tiers.*

3.5.1. L'absence d'obligation de poser la question préjudicielle est également, selon le même avis de la Cour, exempte de toute critique dans la mesure où les juridictions des Etats membres de la CE, ne statuant pas en dernier ressort, ne sont pas elles-mêmes tenues de saisir la Cour en interprétation.

3.5.2. La Cour en revanche, selon le même avis, a refusé d'admettre que les arrêts qu'elle serait amenée à rendre à l'issue d'une telle procédure soient dépourvus d'effet contraignant.

3.5.3. La Cour rappelle au surplus, dans ce même avis, que ceux, tels que celui évoqué, qu'elle formule au titre de l'article 128 du traité de Rome, ne sont pas dépourvus d'effet contraignant puisque ce même article dispose que l'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour ne peut entrer en vigueur qu'après la modification des traités constitutifs des Communautés européennes.

4. L'évolution du droit positif français, à partir de 1991, à propos de la condition de nationalité

- *4.1. Faisant suite à sa communication du 5 janvier 1988 susvisée, la Commission des Communautés européennes avait adressé, le 8 mars 1991, une mise en demeure aux Etats concernés, leur laissant six mois pour mettre leurs législations et leurs textes réglementaires en conformité avec les règles communautaires.*

Bien que la Commission se soit montrée disposée à une certaine souplesse dans la mise en œuvre de moyens de contrainte, les Etats concernés risquaient donc une condamnation par la CJCE, et avaient donc intérêt à prendre l'initiative d'adapter leurs règles nationales aux principes communautaires, afin de maîtriser les effets de l'application à la fonction publique du principe de la libre circulation plutôt que d'y être contraints sous l'effet de contentieux.

Rendue nécessaire par l'application des règles communautaires, l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants de la Communauté est apparue en outre, pour l'Etat français, comme une conséquence logique de la politique européenne de la France.

- *4.2. Un rapport du Sénat, déposé le 17 avril 1991 dans le cadre de l'examen d'un projet de loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique (Document législatif n° 284 de 1990-1191) a fait la synthèse de la réflexion engagée à cet égard par les pouvoirs publics français.*

Ce rapport constatait que la condition de nationalité n'avait plus de fondements aussi solides, s'agissant d'emplois dans des activités de nature économique et sociale qui, quoique revêtant un caractère général, comme en témoigne leur prise en charge par les collectivités publiques, sont dépourvues des marques de la puissance publique et ne concernent pas la défense de la souveraineté nationale.

Or, le rapprochement entre pays membres de la Communauté, auquel la France apportait une contribution active, développe des liens spécifiques entre Français et ressortissants communautaires qui font apparaître comme acceptable que ces derniers puissent avoir accès à un certain nombre d'emplois publics dans les mêmes conditions que les nationaux.

Il apparaissait de ce point de vue peu concevable, à la veille de la mise en place, à compter du 1er janvier 1993, du grand marché communautaire fondé sur le principe de libre circulation, de tenir la fonction publique à l'écart de ce mouvement.

En second lieu, cette ouverture, conforme aux engagements communautaires de la France, apparaissait maîtrisable dans ses effets.

D'une part, l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants de la Communauté impliquait un simple aménagement de la condition de nationalité, non pas la suppression de cette condition.

En outre, elle n'avait pas de conséquences sur les autres dispositions du statut général.

D'autre part, cette ouverture n'aurait pas dû provoquer un afflux massif de candidatures de ressortissants communautaires; elle devait concerner essentiellement des personnes apparentées à des Français, des personnes nées de parents ressortissants d'un pays de la Communauté et installés en France, ou encore certaines régions frontalières; ainsi, l'expérience de la libre circulation à partir des directives communautaires sectorielles (médecins notamment) ne s'est traduite que par l'installation de quelques centaines de personnes. Seul le secteur de la santé pouvait être plus sensiblement concerné.

Enfin, si ses engagements communautaires créaient des obligations à la France, celle-ci pouvait également en tirer profit.

D'une part, l'ouverture de l'accès à certains emplois publics devait jouer au profit de tous les ressortissants des Etats membres de la Communauté; des Français désireux d'accéder à un emploi public dans un autre pays de la Communauté pourraient donc bénéficier de l'application des principes communautaires.

D'autre part, la fonction publique française pouvait tirer bénéfice de l'apport

d'expériences et de compétences acquises dans d'autres Etats de la Communauté; en outre, même s'il fallait rester prudent sur ce plan, l'ouverture aux ressortissants communautaires pouvait, pour certains emplois spécifiques, contribuer à résoudre certaines difficultés de recrutement.

- *4.3. Il ressortait du rapport de la mission confiée en 1987 à M. Jean-Pierre Puissochet, Conseiller d'Etat, remis en septembre 1988 au ministre de la fonction publique, que si l'ouverture de la fonction*

publique française aux ressortissants de la Communauté était nécessaire pour l'application des principes communautaires, cette ouverture apparaissait également souhaitable.

● 4.4. Dans un rapport d'information (Document législatif n° 61 de 1990-1991), la Délégation du Sénat pour la Communauté européenne avait déjà conclu 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 ».

● 4.5. Le document législatif n° 284, de 1990-1991, précité, observait que cette ouverture de la fonction publique soulevait deux types de difficultés, d'une part au regard des conditions d'adaptation du droit national aux principes communautaires, et, d'autre part, au regard du principe de réciprocité.

4.5.1. Conditions d'adaptation du droit national aux principes communautaires.

Le rapport Puissochet, précité, soulignait qu'aucun principe constitutionnel ne s'oppose à l'entrée de ressortissants de la Communauté dans la fonction publique française.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne pouvait fonder en particulier une éventuelle interdiction.

L'article 6 de la Déclaration, qui dispose que « Tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leur talent », vise les citoyens en tant qu'individus qui composent le peuple français et tend à supprimer toute discrimination; il ne peut être regardé comme instituant par ailleurs une discrimination entre Français et étrangers pour l'accès aux emplois publics.

L'article 3 de cette même Déclaration dispose que « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation », et que « Nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Ce principe n'interdit pas l'accès des ressortissant communautaires aux emplois publics; il le conditionne néanmoins en empêchant qu'un étranger puisse se voir confier des attributions liées à la souveraineté (cette restriction ne soulève pas de difficulté au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, cf. supra).

L'entrée des ressortissants de la Communauté dans la fonction publique n'apparaît par ailleurs contraire à aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République ni à aucun autre principe général.

Il semblait en effet difficile de tirer de la confirmation de la condition de nationalité, dans les législations successives, l'émergence d'un principe de valeur constitutionnelle, alors même que le législateur a prévu plusieurs

exceptions à cette règle (notamment, pour certains praticiens hospitaliers, pour certains personnels de la recherche et pour l'enseignement supérieur, les emplois en qualité d'agents non titulaires demeurant en outre largement ouverts aux ressortissants de la Communauté); on peut noter également de ce point de vue que l'article 53-6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 a supprimé l'incapacité temporaire dont étaient frappés, en vertu du code de la nationalité, les Français naturalisés par décret, empêchés d'être fonctionnaires de l'Etat pendant les cinq années suivant leur naturalisation.

Constitutionnellement possible, l'ouverture de la fonction publique devait donc être conditionnée pour respecter les exigences du principes de souveraineté.

Un ressortissant communautaire pouvait se voir interdire à cet égard l'accès à certains emplois en raison de leur nature. Le déroulement de sa carrière en serait donc affecté. Cette limitation n'était pas incompatible avec le principe de l'égalité de traitement, qui n'interdit pas de traiter différemment des personnes qui se trouvent dans des situations différentes, à condition que la discrimination soit fondée sur des conditions d'intérêt général, et qu'elle soit adéquate, dans son ampleur et dans ses modalités, à la différence objective de situations.

En l'occurrence, la différence de situations résulterait de la nationalité, qui justifierait la différence de traitement pour l'accès à certains emplois liés à l'exercice de l'autorité publique.

La définition des conditions d'accès des ressortissants communautaires constituait en conséquence l'enjeu de l'adaptation de la législation française.

4.5.1.1. Les conditions légales d'un accès des ressortissants communautaires à la fonction publique française.

Ces conditions devaient porter, d'une part, sur les restrictions nécessaires au regard des principes constitutionnels exposés ci-dessus, et, d'autre part, sur l'application à la situation spécifique des ressortissants communautaires des critères qui concernent les nationaux.

4.5.1.1.1. Les restrictions à l'accès des ressortissants communautaires devaient concerner les emplois qui, selon la formulation de la jurisprudence de la CJCE (Cf. supra), comportent une « participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique », ou se rattachent à « la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques ».

Si la transposition pure et simple de ces concepts en droit interne avait l'avantage de mettre notre législation en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice (solution qui avait été retenue par un amendement présenté à l'Assemblée nationale par M. Daillet le 11 juin 1987), elle pouvait, en revanche, avoir l'inconvénient, souligné par le rapport Puissochet, précité, d'utiliser des notions qui ne sont pas familières à notre droit administratif, ou,

s'agissant de la notion de puissance publique, ont été dépassées depuis plusieurs décennies par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Le rapport Puissechet proposait, en conséquence, de retenir une autre terminologie plus conforme aux notions usitées en droit interne, en réservant aux nationaux certains emplois « compte tenu de la mission de chaque service et de la nature des fonctions à exercer ».

Des notions voisines sont en effet utilisées par le juge administratif:

- *Les « nécessités propres et missions du service » pour l'accès des étrangers aux fonctions de membre du conseil d'administration des établissements d'enseignement public du second degré (Conseil d'Etat, 26 janvier 1975, Election des représentants du personnel au conseil d'administration du CES « François Mauriac ») ou des centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires (Conseil d'Etat, 12 mai 1978, Election des membres étudiants du CROUS de Nancy-Metz);*
- *Nature des fonctions ou conditions de leur exercice » pour égal accès aux fonctions publiques sans distinction de sexe (Conseil d'Etat, Assemblée, 21 avril 1972, Syndicat chrétien des corps des officiers de police; 5 juin 1981, Mlle Baudet; 5 juin 1981, Mlle Loyani).*

Les fonctions d'autorité sont ainsi des fonctions dont la nature justifie qu'elles soient confiées à des nationaux; les fonctions d'exécution dans des secteurs sensibles de l'administration pourraient être exclues de la libre circulation au titre des « missions du service ».

Le critère tiré de la « nature des fonctions » permettait d'arriver à un classement voisin de celui reposant sur le critère communautaire de participation à l'exercice de la puissance publique.

Le critère des « missions du service » permettait de recouvrir des fonctions que le juge communautaire exclut de la libre circulation au titre de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités publiques.

Une telle approche juridique de la condition de nationalité permettait d'éviter la majeure partie des risques de contentieux devant la CJCE tout en faisant application de notions déjà utilisées en droit interne.

4.5.1.2. S'il n'a pas repris les critères proposés comme ci-dessus par le rapport Puissechet, le projet de loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, déposé par le Gouvernement sur le bureau du Sénat au cours de sa deuxième session ordinaire de 1990-1991, a néanmoins suivi une démarche comparable, afin que les critères fixés par la loi, pour l'admission des ressortissants communautaires dans la fonction publique, soient pertinents au regard du droit interne. Il a fait appel, en effet, aux notions, d'une part, d'« attributions séparables, ou non séparables, de l'exercice de la souveraineté », plus éclairante que la notion très générale, voire floue, de « sauvegarde des

intérêts généraux de l'Etat », et, d'autre part, de « participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique », plus précise que la notion d' « exercice de la puissance publique ».

Selon les distinctions jurisprudentielles adoptées par le rapport Puissechet, c'est à partir de la « nature des fonctions » et des « missions du service » que pourrait être apprécié si les fonctions concernées ont des attributions séparables de l'exercice de la souveraineté ou comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

4.5.1.3. Il restait que même à partir de critères pertinents au regard du droit interne, le recensement des emplois exclus du champ d'application du principe communautaire de libre circulation ne pouvait qu'être délicat; il reviendrait en dernier ressort aux statuts particuliers de désigner les corps, cadres d'emplois ou emplois répondant à ces critères.

Il apparaissait donc exclu que le débat législatif résolve l'ensemble des difficultés d'adaptation du droit interne aux principes communautaires.

Cette adaptation devait, en outre, être appréciée au regard de la question très importante de la réciprocité que la France était en droit d'attendre de la part de ses partenaires.

4.5.2. La question de la réciprocité.

4.5.2.1. L'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie ». Il pourrait résulter de l'application de cette disposition au droit communautaire que, non seulement le traité de Rome dans sa partie directement exécutoire (droit originaire), mais aussi les actes pris pour son application (droit dérivé), eux-mêmes, le cas échéant, directement exécutoires (tels que les « règlements » pour l'ensemble des Etats de l'Union, les « décisions » pour les Etats ou autres personnes morales de l'Union qu'elles concernent, ou les « directives » lorsqu'elles sont susceptibles d'une transposition pure et simple en droit national), seraient intégrés directement au droit interne français sous réserve de réciprocité dans les droits internes des autres Etats membres.

4.5.2.2. Cependant, pour la Cour de justice des Communautés européennes, le droit communautaire (dans ses dispositions directement exécutoires) prime le droit de chacun des Etats membres, y compris son droit constitutionnel. Ainsi, « l'invocation d'atteintes portées aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté en son effet sur le territoire de cet Etat » (Arrêt du 17 décembre 1970). En conséquence, « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant, au besoin, inappliquée de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation

nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par toute autre procédure constitutionnelle » (Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal).

La Cour estime, par ailleurs, qu'un Etat membre de la Communauté ne peut se prévaloir d'un manquement d'un autre Etat membre pour justifier ses propres manquements.

Les Etats membres ont, en effet, « convenu d'instituer une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions permanentes investies de pouvoirs réels, issues d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des Etats à cette Communauté ». « Dès lors, un dessaisissement des attributions ainsi conférées, et le retour des objets qu'elles concernent dans le domaine des compétences des Seuls Etats membres, ne pourraient intervenir qu'en vertu d'une disposition expresse du traité » (Affaire 7/71, arrêt du 14 décembre 1971, Commission des Communautés européennes c/ République française).

Il ressort de cette interprétation, non pas que la réserve de réciprocité, inscrite à l'article 55 de la Constitution, est vidée de son contenu, mais que la France, en signant le traité de Rome, a accepté de s'en remettre aux institutions communautaires pour imposer à ses partenaires l'exécution de leurs engagements, à charge pour elle de saisir la Cour de justice d'un recours en constatation de manquement d'Etat (article 170 du traité) ou d'attirer l'attention de la Commission qui peut elle-même exercer un recours en manquement (article 169).

4.5.2.3. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, constate à la fois que le traité de Rome est entré directement dans l'ordre juridique français, et qu'il lui revient de contrôler la conformité avec la Constitution des actes de développement des virtualités de ce traité (Décision 79-39 DC du 19 juin 1970 relative à la décision du Conseil du 21 avril 1970 et au traité de Luxembourg du 22 avril 1970 concernant le remplacement des contributions financières des Etats par des ressources propres de la Communauté; Décision 76-71 DC du 30 décembre 1976 relative à l'élection au suffrage universel de l'Assemblée des Communautés européennes). Sa position semble donc opposée sur ce dernier point à celle de la CJCE.

Par ailleurs, il se déclare incompétent pour vérifier la conformité d'une loi avec un engagement international de la France (Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse).

Cependant, le Conseil constitutionnel a interprété la condition de réciprocité dans un sens favorable à l'application des règles communautaires. Il a en effet considéré que l'article 55 ne s'oppose pas à ce qu'une loi édicte des mesures ayant pour objet d'harmoniser la législation nationale avec les dispositions d'écoulant d'un traité, alors même que celles-ci ne seraient pas appliquées par l'ensemble des parties signataires (Décision 80-126 DC du 30 décembre 1980 relative à la loi de finances pour 1981).

On pouvait donc conclure qu'au regard du droit tant communautaire que national, il n'était pas possible de faire dépendre l'application de l'article 48 (4) du traité de Rome de son observation par les autres Etats membres.

4.5.3. D'un point de vue pratique, on ne pouvait sous-estimer les obstacles à lever chez nos partenaires pour une ouverture de leur administration publique.

4.5.3.1. En premier lieu, dans tous les Etats membres, l'accès des étrangers aux emplois publics était, soit interdit, soit réglementé de façon restrictive.

Dans plusieurs Etats membres, la condition de nationalité était inscrite dans la Constitution: ainsi notamment de l'Allemagne, du Danemark ou de l'Italie. Ces dispositions constitutionnelles étaient néanmoins susceptibles d'aménagements, soit par l'ouverture aux étrangers de certains types d'emplois (par exemple, les « employés » en Allemagne), soit par l'absence de condition de nationalité pour le recrutements d'agents contractuels (cas du Danemark).

Tous les Etats membres n'étaient, cependant, pas dans la même situation au regard des règles communautaires, en raison de leur conception plus ou moins extensive de la fonction publique. Ainsi, le Royaume-Uni (sauf pour la recherche), les Pays-Bas et l'Islande étaient très largement en conformité avec le droit communautaire.

En Allemagne, les administrations, comme les entreprises publiques, employaient communément des fonctionnaires soumis à un statut légal et réglementaire, comportant une condition de nationalité, et des contractuels soumis au droit du travail. Pour l'enseignement supérieur, des professeurs étrangers pouvaient être recrutés. Les enseignants du premier degré étaient, soit des fonctionnaires, soit soumis au droit du travail s'ils étaient recrutés dans le cadre d'établissements locaux ou confessionnels.

En Belgique, la condition de nationalité était exigée pour la fonction publique au sens strict. Pour l'enseignement, une dérogation pouvait être accordée par arrêté royal. Dans les sociétés nationales, la règle de nationalité avait été assouplie à la suite d'un arrêt de la Cour de justice rendu en 1982 en ce qui concernait les chemins de fer belges.

En Italie, l'exigence de nationalité avait un caractère général. Cependant, des exceptions avaient été prévues pour les personnels d'exécution.

La même exigence existait au Luxembourg, de manière directe ou indirecte (nature des épreuves du concours de recrutement des chemins de fer luxembourgeois).

En Grèce, d'une part, en Espagne et au Portugal, d'autre part, le principe de la libre circulation n'était applicable que depuis la fin de la période transitoire, soit, respectivement, depuis 1988 et 1993.

4.5.3.2. En second lieu, les règles de recrutement étaient très variées d'un Etat membre à l'autre; seule la France appliq

fermement le principe du concours, et l'on pouvait craindre que les partenaires européens de la France ne disposent de plus de facilités pour refuser l'accès de leur fonction publique à des non nationaux.

4.5.4. Malgré ces obstacles, les moyens de mise en œuvre d'une réciprocité effective pouvaient être recherchés et guider l'action du Gouvernement.

On peut relever en premier lieu que, si la France faisait figure de précurseur en la matière, la réflexion s'était développée également dans plusieurs Etats membres, notamment l'Allemagne ou le Danemark (ouverture de l'accès à l'enseignement).

En second lieu, l'action de la Commission des Communautés européennes s'adresse à tous les Etats membres. La Commission pourrait, en conséquence, saisir la Cour de justice d'un recours en manquement (article 169 du traité CE). La France pourrait elle-même saisir la Cour (article 170). Celle-ci pourrait en outre se prononcer sur des manquements éventuels sur le fondement de l'article 177 du traité CE par le biais des questions préjudicielles aux décisions au fond des juges nationaux.

Néanmoins, le problème de la réciprocité ajouté aux difficultés que pourrait susciter la mise en œuvre des critères retenus pour l'ouverture de la fonction publique justifiait l'adoption d'une démarche progressive.

- *4.6. Une démarche progressive.*

Le souci de pragmatisme ressort très clairement de la communication adressée, en 1988, par la Commission des Communautés européennes aux Etats membres. Ainsi y exprimait-elle le souhait que ces derniers lui fassent connaître leurs difficultés objectives dans la mise en œuvre de l'action qu'elle entendait mener dans ce domaine, afin qu'elle puisse éventuellement en tenir compte.

Le pragmatisme était aussi préconisé par le rapport Puissochet, précité, dont les conclusions relevaient opportunément qu' « on n'infléchit pas en un jour ni même une année une tradition qui remonte à la Révolution française ».

Une démarche progressive devait en effet permettre, d'une part, que cette ouverture soit maîtrisée et s'effectue dans la clarté et dans le respect de l'unité de la fonction publique, et, d'autre part, qu'elle soit menée avec le souci d'une action réciproque de la part des partenaires de la France.

4.6.1. En premier lieu, la clarté et le maintien de l'unité de la fonction publique résulteraient d'une bonne application des critères définis par la loi. Or, la mise en œuvre de ces critères nécessitait la modification des statuts particuliers.

4.6.1.1. Cette tâche très lourde devrait être menée, en ce qui concerne l'Etat, au niveau de chaque ministère mais aussi dans le cadre d'une concertation interministérielle qui devrait permettre d'éviter des distorsions inacceptables pour des corps, cadres d'emplois ou emplois comparables mais relevant d'administrations différentes.

Pour la fonction publique territoriale, elle ne pourrait être alors entreprise qu'à l'issue de la construction statutaire, sous la forme d'un décret établissant les cadres d'emplois ouverts aux ressortissants communautaires. Tous les emplois directement ou indirectement liés à l'exécutif territorial ou à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale (directeurs de cabinet, directeurs généraux, administrateurs territoriaux, directeurs de services ou attachés territoriaux, par exemple) devraient être exclus de l'ouverture aux ressortissants communautaires. Cependant, trois particularités doivent être soulignées: le grand nombre d'employeurs, qui rend difficile l'examen de l'affectation des emplois; le principe de la libre administration des collectivités territoriales, qui fait obstacle à un contrôle précis; les difficultés spécifiques pour identifier la nature de certains emplois par rapport aux critères fixés par la loi (dans la filière médico-sociale, par exemple).

Pour la fonction publique hospitalière, cette modification des statuts ne devrait pas poser de difficultés particulières. Seuls les directeurs d'établissement pourraient être exclus de l'ouverture.

La clarté résulterait également de la définition de règles très précises relatives à l'équivalence des diplômes, en application de la directive du Conseil des Communautés européennes en date du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur, qui sanctionnerait des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans. L'établissement de telles règles est, en outre, une condition nécessaire de l'accès aux concours pour tous les candidats ne possédant pas de diplômes français.

4.6.1.2. Quant au respect de l'unité de la fonction publique, il devrait constituer une préoccupation constante dans la mise en œuvre de l'ouverture européenne. Deux risques, en effet, devaient être évités: la distinction progressive entre une fonction publique noble et une fonction publique de second rang, qui recréerait l'ancienne distinction entre emplois d'autorité et emplois d'exécution, d'une part, l'apparition dans la carrière des ressortissants communautaires de discriminations autres que celles justifiées par l'application des critères fixés par la loi, d'autre part.

4.6.2. En second lieu, une démarche progressive se justifiait par le souci de la France de s'assurer que l'aménagement de la condition de nationalité pour l'accès à sa fonction publique s'accompagne d'une action comparable et parallèle de la part de ses partenaires. Elle devait ainsi permettre une consultation entre les Etats membres, en liaison avec la Commission, destinée à examiner les difficultés rencontrées et une information réciproque sur les progrès de l'ouverture dans chaque Etat membre.

Des réunions périodiques du Conseil de l'Union européenne composées des ministres chargés de la fonction publique pourraient constituer un cadre approprié, notamment, ainsi que le suggérait le rapport Puissochet, pour définir un programme d'action et en suivre l'exécution.

Cette concertation permettrait également à chaque Etat, notamment la France, de faire ses spécificités tout particulièrement en ce qui concerne le mode de recrutement.

Une harmonisation des législations nationales relatives au recrutement apparaissait difficilement envisageable en raison des différences entre les Etats membres. Si elle devait avoir lieu, il y avait peu de chances qu'elle se fasse sur la base du concours pratiqué chez nos partenaires.

Or, la France est légitimement attachée à la règle du concours pour l'accès à la fonction publique. Il devait donc être bien établi que l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique française s'effectuerait dans les conditions prévues par le statut général.

La règle du concours devait en outre être clairement affirmée et défendue dans le cadre communautaire.

La concertation pouvait être, enfin, l'occasion d'examiner les moyens du développement d'une coopération et d'une mobilité encore bien timides entre fonctions publiques européennes.

Adapter la fonction publique française à l'Europe, tel pouvait être en effet un de ses enjeux majeurs pour les années à venir.

- *4.7. La loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique (JO du 27/7/91, p. 9952), a, par son article 2, introduit dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, un article 5 bis, ouvrant aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne, autres que la France, l'accès à la fonction publique, dans les conditions prévues au statut général, en ce qui concerne les corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions, soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques.*

4.7.1. Saisi par soixante sénateurs dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été amené à examiner, avant sa promulgation, la conformité constitutionnelle de la loi susvisée (Décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, JO du 25/7/91, p. 9854). Les dispositions de l'article 2 de la loi adoptée se trouvaient critiquées par ces parlementaires pour deux séries de motifs: d'une part, en ce qu'elle auraient été contraires à l'article 48 du traité de Rome et par là même à l'article 55 de la Constitution, les auteurs de la saisine faisant observer que l'article 48 du traité de Rome, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la

Communauté économique européenne, stipule dans son paragraphe 4 que « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique », et en déduisant que l'article 2 de la loi déférée, en ouvrant aux ressortissants de la Communauté l'accès à des emplois publics n'était pas conforme à l'article 55 de la Constitution selon lequel les traités ont une autorité supérieure à celle des lois; d'autre part, en ce que ces mêmes dispositions seraient contraires au principe constitutionnel réservant l'accès aux emplois publics aux personnes ayant la nationalité française, en développant à cet égard une double argumentation: à titre principal, l'accès des étrangers aux emplois publics serait prohibé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen; subsidiairement, l'article 2 de la loi déférée, en raison de son imprécision, n'aurait pas satisfait à l'exigence constitutionnelle selon laquelle « seuls des nationaux peuvent exercer des fonctions qui intéressent la souveraineté de la nation ».

4.7.1.1. Quant à la première série de griefs, le Conseil constitutionnel a considéré que « dans le cadre de leurs compétences respectives, il importe aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales »; que, « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55 » (i.e. qu'elle n'intervient pas dans un domaine déjà couvert par un accord international), « il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »; que, « dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner la conformité de l'article 2 de la loi déférée aux traités internationaux ». Autrement dit, le moyen tiré par les requérants de l'interprétation très large qu'ils appliquaient à l'exception du paragraphe 4 de l'article 48 du traité CE manquait en fait, puisque le Conseil constitutionnel ne se reconnaît aucune compétence juridictionnelle pour l'application d'un traité et donc pour son interprétation.

4.7.1.2. Le Conseil constitutionnel a considéré en second lieu que « l'article 2 de la loi déférée ne supprime pas la condition qui subordonne la qualité de fonctionnaire à la possession de la nationalité française »; qu'« il lui est uniquement apporté une dérogation au profit des ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne autres que la France »; qu'enfin, « en déterminant par l'article 2 de la loi déférée les conditions générales d'accès des ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne autres que la France aux emplois entrant dans le champ des prévisions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le législateur n'est pas resté en deçà de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

- *4.8. La loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire a ultérieurement, par son article 47, complété l'article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, susvisée, en remplaçant dans cet article les mots « De la Communauté économique européenne » par les mots « De la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen » (s'agissant donc actuellement, pour*

ces autres Etats, de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège, cf. supra).

● *4.9. L'article 10 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, en modifiant substantiellement l'article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, a généralisé le droit pour les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France d'accéder aux corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique française. Désormais ce droit d'accès n'est plus assorti, comme dans sa formulation précédente (Cf. article 2 de la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 susmentionnée), d'une condition limitative ou négative, à savoir qu'il ne pouvait s'appliquer qu'aux seuls corps, cadres d'emplois et emplois « dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques », ces mêmes corps, cadres d'emplois et emplois « admissibles aux non nationaux » étant fixés par décrets. Cette condition se transforme désormais en une exception générale au droit d'accès des ressortissants européens à la fonction publique française pour ce qui concerne les « emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques ». Le recours à la seule notion globale d'« emploi », pour définir cette exception, invite à conclure que celle-ci sera désormais invoquée au cas par cas par les autorités administratives, sous le contrôle restreint du juge de l'excès de pouvoir, notamment le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, alors même qu'une règle de droit étroit, telle que ladite exception, ne peut être que d'interprétation étroite sans pouvoir donner lieu à des applications par extensions ou analogies.*

5. Applications réglementaires en ce qui concerne la fonction publique territoriale

● *5.1. Le décret n° 94-163 du 16 février 1994 (JO du 25/2/94, p. 3137) a ouvert aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne autres que la France l'accès aux cadres d'emplois suivants de la fonction publique territoriale:*

Professeurs territoriaux d'enseignement artistique;

Assistants territoriaux spécialisés d'enseignement artistique;

Assistants territoriaux d'enseignement artistique;

Educateurs territoriaux des activités physiques et sportives;

Opérateurs territoriaux des activités physiques et sportives;

Infirmiers territoriaux;

Rééducateurs territoriaux;

Assistants territoriaux socio-éducatifs;

Educateurs territoriaux de jeunes enfants;

Moniteurs-éducateurs territoriaux;

Assistants territoriaux médico-techniques;

Auxiliaires de puériculture territoriaux;

Auxiliaires de soins territoriaux;

Agents sociaux territoriaux;

Agents territoriaux spécialisés des écoles maternelles;

Aides médico-techniques territoriaux.

5.1.1. Aux termes de l'article 2 de ce décret, les fonctionnaires concernés « ne peuvent faire partie du conseil de discipline départemental ou interdépartemental institué par l'article 90 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ».

5.1.2. Les dispositions qui précèdent ont été rendues applicables par le I de l'article 31 du décret n° 98-68 du 2 février 1998 (JO du 6/2/98, p. 1924) aux ressortissants des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, et étendues, par le II de ce même article 31 dudit décret, aux autres cadres d'emplois suivants:

Assistants territoriaux qualifiés de conservation du patrimoine et des bibliothèques;

Assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques;

Agents territoriaux qualifiés du patrimoine;

Agents territoriaux du patrimoine;

Conseillers territoriaux des activités physiques et sportives;

Conseillers socio-éducatifs territoriaux;

Médecins territoriaux;

Sages-femmes territoriales;

Coordinatrices de crèches territoriales;

Psychologues territoriaux;

Biologistes, vétérinaires et pharmaciens territoriaux;

Rédacteurs territoriaux;

Adjoint administratifs territoriaux;

Agents administratifs territoriaux;

Techniciens territoriaux;

Contrôleurs de travaux territoriaux;

Agents de maîtrise territoriaux;

Agents de salubrité territoriaux;

Agents techniques territoriaux;

Conducteurs territoriaux de véhicules;

Agents d'entretien territoriaux;

Agents territoriaux d'animation;

Adjoint territoriaux d'animation;

Animateurs territoriaux.

- *5.2. Le décret n° 94-743 du 30 août 1994 (JO du 1/9/94, p. 12649) fixe les conditions d'assimilation aux diplômes nationaux des diplômes délivrés dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, lorsque le recrutement par voie de concours dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale ou dans un corps de fonctionnaires des administrations parisiennes est subordonné, en application du statut particulier de ce cadre d'emplois ou de ce corps, à la possession de certains diplômes nationaux.*

5.2.1. Les candidats aux concours présentent leur demande d'assimilation à une commission qui est instituée auprès du ministre chargé des collectivités locales. La commission est compétente pour tous les concours de recrutement pour lesquels un concours est exigé. Elle peut s'adjoindre, avec voix consultative, des représentants du ministre chargé de la fonction publique, et, le cas échéant, des autres ministres représentés dans les commissions prévues par le décret n° 94-741 du 30 août 1994 relatif à l'assimilation, pour l'accès aux concours de la fonction publique de l'Etat, des diplômes délivrés dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne.

5.2.2. Les dispositions de ce décret ne sont pas applicables aux concours donnant accès à des emplois dont l'exercice est subordonné à la possession d'un diplôme faisant l'objet, en vertu de directives de la Communauté européenne, de mesures spécifiques de reconnaissance transposées en droit interne, ainsi qu'aux concours pour lesquels une procédure spécifique d'assimilation des diplômes est fixée par des dispositions législatives ou par les statuts particuliers des cadres d'emplois ou des corps concernés.

- *5.3. Aux termes du 3^{ème} alinéa de l'article 9 du décret n° 85-1229 du 20 novembre 1985, notamment introduit par l'article 4 du décret n° 95-1069 du 2 octobre 1995 (JO du 4/10/95, p. 14466):*

« Les ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne, candidats à un concours d'un cadre d'emplois dont l'accès leur est ouvert, doivent fournir, selon le cas, soit la copie du titre ou du diplôme obtenu dans leur Etat d'origine et reconnu comme équivalent aux diplômes français requis, soit la décision rendue par la commission instituée par le décret n° 94-743 du 30 août 1994, assimilant leur diplôme à un diplôme français, ainsi que la copie du titre ou du diplôme étranger ayant fait l'objet de la décision d'assimilation ».

- *5.4. Les dispositions susvisées des décrets n° 94-743 du 30 août 1994, et n° 85-1229 du 20 novembre 1985 modifié, ont été rendues applicables aux ressortissants des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, respectivement par les articles 32-I et 1^{er}-I du décret n° 98-68 du 2 février 1998 portant modifications de certaines dispositions relatives à la fonction publique territoriale (JO du 6/2/98, p. 1924).*
- *5.5. Les règles de saisine et de fonctionnement de la commission instituée par le décret n° 94-743 du 30 août 1994 susvisé ont été fixées par un arrêté ministériel du 20 janvier 1999, publié au Journal officiel du 30 janvier 1999, publié au Journal officiel du 30 janvier 1999 (p. 1580).*
- *5.6. L'accueil en détachement de fonctionnaires d'un Etat membre de l'Espace économique européen autre que la France dans la fonction publique territoriale a fait l'objet du décret n° 2003-672 du 22 juillet 2003 (JO du 24 juillet 2003, p. 12491), dont les dispositions sont ci-après évoquées.*

5.6.1. Ce texte vise le décret n° 2002-759 du 2 mai 2002 réglementant le même objet pour la fonction publique de l'Etat.

5.6.2. Un fonctionnaire relevant d'une fonction publique d'un Etat membre de la Communauté européenne, ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, autre que la France, peut être accueilli en détachement dans l'un des cadres d'emplois de fonctionnaires des collectivités

territoriales et des établissements publics à caractère administratif en relevant, sous réserve que ce cadre d'emplois soit mentionné sur la liste figurant en annexe du décret n° 94-163 du 16 février 1994 susvisé, tel que modifié par le décret n° 98-68 du 2 février 1998, également susvisé, et que son statut particulier ait prévu l'accueil en détachement de fonctionnaires.

5.6.3. L'emploi dans le cadre d'emplois de fonctionnaires auquel peut prétendre, par voie de détachement, le fonctionnaire non national considéré, doit correspondre au niveau de l'emploi précédemment occupé par l'intéressé, en tenant compte de l'expérience professionnelle qu'il a acquise dans la fonction publique d'un ou de plusieurs Etats membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen.

5.6.4. Le fonctionnaire non national considéré est détaché dans un emploi du cadre d'emplois d'accueil, après avis de la commission administrative paritaire compétente pour ce cadre d'emplois.

5.6.5. Une convention passée entre la collectivité territoriale ou l'établissement public d'accueil et l'administration d'origine prévoit les modalités selon lesquelles celle-ci reprend le fonctionnaire non national considéré lorsqu'il est mis fin au détachement par la collectivité ou l'établissement d'accueil avant le terme fixé par l'arrêté prononçant ce détachement.

5.6.6. La commission d'équivalence instituée par l'article 5 du décret n° 2002-759 du 2 mai 2002 susmentionné, compétente pour la fonction publique de l'Etat, est également compétente pour la fonction publique territoriale. Cette commission est saisie pour avis par l'autorité territoriale d'accueil avant toute décision. Elle vérifie l'adéquation entre les emplois précédemment occupés par le fonctionnaire non national considéré et le cadre d'emplois susceptible de l'accueillir. Elle propose le classement dans l'emploi de détachement au niveau approprié. A cet effet, elle tient compte du niveau de qualification et de diplôme de l'intéressé, de la nature des fonctions préalablement exercées et de la durée des services accomplis dans la ou les fonctions publiques d'origine.

5.6.7. Lorsque la commission d'équivalence est appelée à donner son avis sur l'accueil dans la fonction publique territoriale, elle comprend, outre les représentants des ministres mentionnés au deuxième alinéa de l'article 5 du décret n° 2002-759 du 2 mai 2002 susvisé, un représentant du ministre chargé des collectivités territoriales. Le ou les autres membres appelés à siéger au sein de la commission sont désignés par la collectivité territoriale ou l'établissement public d'accueil.

5.6.8. Après signature, le cas échéant, de la convention susmentionnée, le détachement est prononcé sur la demande du fonctionnaire non national considéré, par arrêté de l'autorité de la collectivité territoriale ou de l'autorité compétente de l'établissement d'accueil. Cette convention ainsi que l'avis de la commission d'équivalence susvisée sont annexés à l'arrêté et

transmis au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement.

5.6.9. Le détachement ne peut excéder cinq années. Il peut être renouvelé, suivant la même procédure que celle prévue ci-dessus, par périodes n'excédant pas cinq années. Trois mois au moins avant l'expiration du détachement, le fonctionnaire non national considéré fait connaître à la collectivité ou l'établissement d'accueil sa décision de solliciter le renouvellement du détachement ou de réintégrer son administration d'origine. Dans le même délai, la collectivité ou l'établissement d'accueil fait connaître sa décision de renouveler ou non le détachement.

5.6.10. Le fonctionnaire non national considéré est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement dans la collectivité territoriale ou l'établissement d'accueil, et, notamment, aux dispositions fixées par le statut particulier du cadre d'emplois dans lequel il est détaché. Il est évalué et noté, dans les conditions prévues à l'article 17 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, à l'article 76 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et au décret pris pour son application, par l'autorité dont il dépend dans la collectivité territoriale ou l'établissement public qui l'accueille. Sa fiche de notation est transmise à son administration d'origine.

5.6.11. Le fonctionnaire non national considéré, accueilli en détachement, est rémunéré par la collectivité territoriale ou l'établissement public au sein duquel il est détaché. Il est soumis aux régimes de protection sociale et de retraite régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement.

5.6.12. Il peut être mis fin au détachement avant le terme fixé par l'arrêté prononçant ce détachement soit à la demande de la collectivité territoriale ou de l'établissement public d'accueil, soit à la demande de l'administration d'origine. Le fonctionnaire non national considéré peut également demander qu'il soit mis fin à son détachement avant le terme fixé par l'arrêté prononçant ce détachement.

- *5.7. Les dispositions générales relatives à la situation et aux modalités de classement des ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, autres que la France, nommés dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale, font l'objet du décret n° 2003-673 du 22 juillet 2003 (JO du 24/7/2003, p. 12493).*

5.7.1. Le titre Ier de ce décret définit les dispositions relatives à la situation de ces ressortissants dans la fonction publique territoriale.

5.7.1.1. Ces ressortissants sont régis par les dispositions statutaires du cadre d'emplois dans les mêmes conditions que les fonctionnaires français.

5.7.1.2. Ils ne peuvent occuper un emploi dans le cadre d'emplois auquel ils appartiennent, ou dans le cadre d'emplois d'accueil au titre des dispositions du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 modifié relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, congé parental et de présence parentale des fonctionnaires territoriaux, dont les attributions ne seraient pas séparables de l'exercice en France de la souveraineté ou comporteraient une participation directe ou indirecte en France à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Leur avancement de grade, leur promotion de cadre d'emplois ou leur nomination dans un emploi intervient dans les mêmes limites.

5.7.1.3. Les avis de concours publiés pour le recrutement dans les cadres d'emplois auxquels ont accès ces ressortissants doivent expressément faire mention des dispositions du paragraphe précédent.

5.7.2. Le titre II de ce même décret traite des modalités de classement des ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne, ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, autres que la France, nommés dans les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale.

5.7.2.1. Sont concernés, parmi ces ressortissants, ceux qui justifient de services accomplis dans une administration, un organisme ou un établissement de l'Etat membre d'origine dont les missions sont comparables à celles administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires civils mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 susmentionnée exercent leurs fonctions. Pour l'application de ce titre II, l'Etat membre d'origine est défini comme le dernier Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, autre que la France, dans lequel l'agent a été en fonction avant sa nomination dans un cadre d'emplois de fonctionnaires territoriaux.

5.7.2.2. Lors de leur première nomination dans un cadre d'emplois de fonctionnaires territoriaux, les agents concernés sont classés selon les règles de prise en compte des services antérieurs fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil, à l'exception de toute disposition prévoyant le maintien, à titre individuel, du niveau de rémunération atteint avant leur accès à la fonction publique française.

5.7.2.3. Les modalités de prise en compte des services accomplis sont déterminées au regard de la nature juridique de l'engagement qui lie l'agent à son employeur en application des textes régissant le personnel de l'administration, de l'organisme ou de l'établissement dans l'Etat membre d'origine.

5.7.2.3.1. Lorsque dans l'administration, l'organisme ou l'établissement de l'Etat membre d'origine concerné, le personnel est normalement placé dans une situation statutaire et réglementaire, au sens de la loi du 13 juillet 1983 susmentionnée:

L'agent dans une situation statutaire et réglementaire est classé selon les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil applicables aux fonctionnaires;

L'agent qui justifie d'un contrat de travail de droit public, quelle que soit sa durée, est classé dans le cadre d'emplois d'accueil selon les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil applicables aux agents non titulaires de droit public;

Les services accomplis par l'agent qui justifie d'un contrat de travail de droit privé sont pris en compte lorsque les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil le prévoient; les périodes d'activité doivent avoir été accomplies dans des conditions comparables à celles exigées des agents de nationalité française et sont prises en compte selon les mêmes règles.

5.7.2.3.2. Lorsque, dans l'administration, l'organisme ou l'établissement de l'Etat membre d'origine, le personnel est normalement régi par les dispositions d'un contrat de droit public:

L'agent qui justifie d'un contrat de droit public à durée indéterminée ou à durée déterminée renouvelable sans limite est classé selon les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois applicables aux fonctionnaires;

L'agent qui justifie d'un contrat de droit public à durée déterminée renouvelable dans une limite maximale est classé selon les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil applicables aux agents non titulaires de droit public;

Les services accomplis par l'agent qui justifie d'un contrat de travail de droit privé sont pris en compte lorsque les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil le prévoient; les périodes d'activité doivent avoir été accomplies dans des conditions comparables à celles exigées des agents de nationalité française et sont prises en compte selon les mêmes règles.

5.7.2.3.3. Lorsque, dans l'administration, l'organisme ou l'établissement de l'Etat membre d'origine, le personnel est normalement régi par les stipulations d'un contrat de travail de droit privé:

L'agent qui justifie d'un contrat de travail de droit privé à durée indéterminée ou à durée déterminée renouvelable sans limite est classé selon les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil applicables aux fonctionnaires;

L'agent qui justifie d'un contrat de travail de droit privé à durée déterminée renouvelable dans une limite maximale est classé selon les règles fixées par les dispositions statutaires régissant le cadre d'emplois d'accueil applicables aux agents non titulaires de droit public.

5.7.2.4. En vue de son classement dans le cadre d'emplois de la fonction publique territoriale auquel il a accédé, l'agent concerné est tenu de fournir à l'autorité territoriale d'accueil tous les documents nécessaires à la reconstitution de sa carrière, conformément aux dispositions qui précèdent, délivrés et authentifiés par les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine; lorsque ces documents ne sont pas délivrés en langue française, l'agent concerné en produit une traduction certifiée par un traducteur agréé.

5.7.2.5. Préalablement à toute décision de classement, la commission d'équivalence mentionnée dans le décret n° 2003-672 du 22 juillet 2003 sus évoqué est saisie pour avis par l'autorité territoriale d'accueil; elle se prononce sur:

La nature des missions de l'administration, de l'organisme ou de l'établissement de l'Etat membre d'origine, au sein duquel l'agent a servi, au regard des missions des administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires civils mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 susmentionnée exercent leurs fonctions;

La nature juridique de l'engagement susmentionné qui liait l'agent à son employeur dans l'Etat membre d'origine;

Le niveau de la catégorie du corps, de l'emploi ou des fonctions exercées dans l'Etat membre d'origine au regard des modalités de classement dans le cadre d'emplois d'accueil de la fonction publique territoriale;

La durée des services accomplis pris en compte.

Conclusion

On ne peut exclure, selon les développements qui précèdent, que de nouveaux accords internationaux, du type de l'accord EEE, soient passés dans l'avenir par la Communauté européenne avec d'autres pas tiers tels que certains pays d'Europe orientale, de la région du Caucase ou du Proche Orient, y compris la Turquie dont l'adhésion à l'Union européenne n'est pas encore un fait acquis et qui pourrait se voir proposer une solution alternative à cette adhésion.

En outre, le cadre juridique des accords d'association passés par la Communauté européenne avec nombre d'Etats tiers, notamment les accords euro-méditerranéens ou les accords de stabilisation impliquant les Etats des Balkans occidentaux (Serbie et Monténégro, ex-République yougoslave de Macédoine, Albanie, entre autres), tend à se rapprocher de plus en plus de celui de l'EEE pour ce qui concerne en particulier la liberté de circulation dans la Communauté européenne des travailleurs de ces Etats associés.

Les normes de l'accès à la fonction publique française apparaissent de ce point de vue destinées, en ce qui concerne la condition de nationalité, à une évolution constante.

On a pu noter d'autre part, au fil de la genèse de l'ouverture actuelle de la fonction publique française à des participations individuelles d'origines multinationales, la particulière réactivité du droit positif français (y compris, dès 1991, de la jurisprudence des juridictions administratives) à la construction européenne.

La doctrine qui est amenée à se dégager à cet égard, non seulement des décisions juridictionnelles, mais aussi de la doctrine administrative, communautaire et française, concernant les nouvelles catégories juridiques représentées désormais, dans le droit des fonctions publiques nationales, par les emplois publics nationaux « accessibles » et « non accessibles » aux non nationaux, ne pourra que revêtir dans l'avenir un intérêt majeur pour l'administration française.

