



HAL
open science

Toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite. AJFP. Actualité juridique Fonctions publiques, 2003, 02, pp.12. halshs-02224609

HAL Id: halshs-02224609

<https://shs.hal.science/halshs-02224609v1>

Submitted on 15 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Serge Slama, « Toute discrimination entre ressortissants de l'union européenne, même indirecte, est interdite. Note sous CE 18 octobre 2002 *Spaggiari* », *AJ - Fonction publique*, n°2/2003, p.12.
Seule la version publiée fait foi

AJFP 2003 p.12

Toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite

Serge Slama, Doctorant en droit public, CREDOF, Université Paris X-Nanterre

Université ayant subordonné le recrutement d'un professeur italien à l'exercice préalable d'activités d'enseignement dans les universités françaises. Discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Violation du principe de libre circulation. Annulation de la délibération de la commission de spécialistes et du décret nommant une autre candidate. Injonction de procéder à un nouvel examen du recrutement.

Dans cette affaire *Spaggiari*, la commission des spécialistes d'une université, tout en reconnaissant la « valeur scientifique » du dossier de ce professeur des universités italiennes, avait rejeté sa candidature à un poste de professeur des universités françaises au seul motif qu'elle n'avait pas « une expérience suffisante du système universitaire français ». Après le rejet de son recours administratif auprès du président de l'université, elle avait saisi le Conseil d'Etat, compétent en premier et dernier ressort car elle contestait dans le même temps le décret du président de la République nommant une autre candidate au poste laissé vacant par le rejet de sa candidature (code de justice administrative, art. 8.311-1, 3°).

Subordonner la nomination de l'intéressée à l'exercice préalable de fonctions dans une université française était-il conforme au principe de non-discrimination en raison de la nationalité posé par les textes communautaires ? C'est la principale question qu'a tranchée le Conseil d'Etat en annulant la délibération litigieuse. Il n'a fait ensuite que tirer les conséquences de cette annulation en invalidant le décret de nomination à l'emploi laissé vacant car les deux procédures se rattachaient « à une seule et même opération de recrutement » et en enjoignant l'université de réunir à nouveau la commission afin de procéder à un réexamen de ce recrutement.

On sait que l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne (ex. art. 6 CEE) prévoit que : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Ce principe étant particulièrement mis en oeuvre dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, qui implique, en vertu l'article 39 du Traité CE (ex. art. 48), « l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l'emploi [...] ». Et même si le paragraphe 4 du traité exclut de son bénéfice les « emplois de l'administration publique », la Cour de justice des Communautés européennes a retenu de cette notion une conception reposant sur un critère fonctionnel. Elle estime que relèvent de cette qualification les emplois qui « comportent 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 » (CJCE 17 décembre 1980, Commission c/ Royaume de Belgique, aff. 149/79, Rec. p. 3881, AJDA 1981, p. 137, note Boulouis ; RTDE 1981, p. 286, note G. Druésne). En droit interne,

Serge Slama, « Toute discrimination entre ressortissants de l'union européenne, même indirecte, est interdite. Note sous CE 18 octobre 2002 *Spaggiari* », *AJ - Fonction publique*, n°2/2003, p.12.

Seule la version publiée fait foi

les lois du 26 juillet 1991 et du 16 décembre 1996, en ajoutant un article 5 bis à la loi du 13 juillet 1983, ont formellement permis l'accès des ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen aux « 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 » (Y. Chevallier, *Nationalité et accès à la fonction publique : le cadre juridique*, in *Les étrangers dans la fonction publique*, Cah. fonct. pub. septembre 2002, p. 3 et ss.). Du reste le corps des enseignants-chercheurs - dont il est question dans cette affaire - est accessible aux étrangers, y compris aux non-communautaires, depuis la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 qui a dérogé à la condition de nationalité posée dans le statut de la fonction publique.

Mais en l'espèce la commission des spécialistes n'avait pas eu recours directement à un critère de nationalité mais exigeait de la candidate - on l'a dit - une « expérience suffisante du système universitaire français ». Pour régler ce litige, le Conseil aurait pu tout aussi bien faire application de sa jurisprudence antérieure sur le refus de prendre en compte les services antérieurs effectués dans un autre Etat membre, conforme à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en la matière (CJCE 23 février 1994, *Scholz c/ Opera Universitaria di Cagliari*, aff. C-419/92, Rec. p. I-505, D. 1994, IR p. 71 ; CJCE 15 janvier 1998, *Schöningh-Kougebetopoulou*, aff. C-15/96, AJFP 1998-1, p. 19 ; D. 1998, IR p. 47). Il avait en effet jugé dans un arrêt du 22 septembre 1997, *D'Iorio* (n° 171903, AJFP 1998-1, p. 21) qu'un établissement public ne peut « sans méconnaître les dispositions [de l'article 39 du Traité CE] refuser de prendre en compte [...] la durée du service national accompli par l'intéressé en Italie, conformément à la législation en vigueur dans ce pays » pour reculer la limite d'âge afin de l'admettre à concourir alors que les nationaux bénéficient de cette possibilité (pour des applications, v. TA Lyon 3 février 1999, *Francisco José Martinez Mora*, AJFP 2000-4, p. 30 ; TA Poitiers 31 décembre 1999, *Gary Holding c/ Recteur de l'Académie de Poitiers*, AJFP 2001-3, pp. 22-24 ; CAA Bordeaux 1er mars 2001, *Ministre de l'Education nationale c/ Mme Britain*, n° 99BX02389/OOBX01336). Dans l'arrêt *Spaggiari* (v. également AJDA 2003, p. 36), le Conseil d'Etat généralise d'ailleurs la règle posée dans l'arrêt *D'Iorio* en précisant : « en particulier, lorsqu'à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire pour un emploi entrant dans le champ d'application de l'art 5 bis [...] de la loi du 13 juillet 1983, les autorités administratives compétentes prennent en considération les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, elles ne peuvent, à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre Etat membre ».

Pourtant, au-delà de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a bien recours à la notion de discrimination indirecte pour annuler la délibération litigieuse. Il relève en effet qu'en exigeant de la candidate « une expérience suffisante du système universitaire français », la commission n'a pas entendu subordonner son recrutement à « la connaissance du système universitaire français », qui aurait été « l'un des critères auxquels la commission [aurait pu] légalement recourir pour apprécier sa candidature » mais elle entendait en réalité « subordonner la nomination de l'intéressée à l'exercice préalable de fonctions enseignantes dans les universités françaises ». Or, ce critère apparemment neutre aboutit en fait au même résultat qu'une condition de nationalité puisqu'il défavorise essentiellement les non-nationaux.

Serge Slama, « Toute discrimination entre ressortissants de l'union européenne, même indirecte, est interdite. Note sous CE 18 octobre 2002 *Spaggiari* », *AJ - Fonction publique*, n°2/2003, p.12.

Seule la version publiée fait foi

On remarquera d'ailleurs que ce n'est pas la première fois que le Conseil d'Etat fait référence à la notion de discrimination indirecte. Mais jusqu'ici il n'avait pas expressément repris à son compte la définition posée par la Cour de Luxembourg et se contentait de rejeter l'existence d'une telle discrimination sans s'attarder sur la question (v. CE 30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*, n° 180299/180 328 au Lebon ; CE 10 avril 2002, *Syndicat national des professeurs d'arts martiaux*, n° 221314). C'est donc sous cet aspect que l'arrêt *Spaggiari* constitue une innovation. Il va permettre à la juridiction administrative « d'importer » en droit français ce qui constitue assurément l'une des constructions jurisprudentielles les plus originales de la Cour de Justice.

l'essentiel

Lorsqu'à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire pour un emploi entrant dans le champ d'application de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 les autorités administratives compétentes prennent en considération les activités professionnelles antérieures exercées par les candidats au sein d'une administration publique, elles ne peuvent, à l'égard des ressortissants de l'union européenne, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre Etat membre, ce qui constitue en l'espèce une discrimination dissimulée fondée sur la nationalité en violation du principe communautaire de libre circulation des travailleurs (v. CJCE 23 février 1994, *Scholz c/ Opera Universitaria di Cagliari* Rec. p. I-505, D. 1994, IR p. 71 ; CJCE 15 janvier 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, D. 1998, IR p. 47).

A noter

La requérante était seule candidate - évincée - lors de la première délibération de la commission de spécialistes qu'annule le juge. Il annule aussi la nomination d'une autre candidate à l'issue d'une délibération ultérieure, cette fois positive, alors que la requérante n'avait pas postulé et n'avait pas normalement d'intérêt à agir. Le juge a considéré que ces deux épisodes devaient être regardés dans les circonstances de l'espèce « comme se rattachant à une seule et même opération de recrutement destinée à pourvoir le même emploi ».

Recrutements universitaires : une exception ancienne à la condition de nationalité

C'est au cours de la discussion de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur de 1968 qu'un parlementaire, M. Dusseaulx, proposa de déroger au statut général de la fonction publique en permettant aux enseignants de nationalité étrangère d'être nommés, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, dans les corps d'enseignants de l'enseignement supérieur. La proposition fut favorablement accueillie par le rapporteur du projet de loi car elle permettait de « renouer avec une très ancienne tradition » et éviterait que se renouvellent des situations « comme celle d'Einstein » qui n'avait pu enseigner dans les années trente dans une université française, alors qu'il fuyait l'Allemagne nazie, en raison de sa nationalité étrangère (JO déb. AN 11 octobre 1968, p. 3225). Par la suite, le décret n° 72-366 du 28 avril 1972 puis le décret n° 79-543 du 9 août 1979 ont organisé l'accès des étrangers aux corps des professeurs d'université. L'article 56 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur est venue confirmer cette dérogation au statut

Serge Slama, « Toute discrimination entre ressortissants de l'union européenne, même indirecte, est interdite. Note sous CE 18 octobre 2002 *Spaggiari* », *AJ - Fonction publique*, n°2/2003, p.12.

Seule la version publiée fait foi général. Elle est dorénavant codifiée à l'article L. 952-6 du code de l'éducation. Au cours de l'année universitaire 2000-2001, les établissements d'enseignement supérieur comptaient 8 654 enseignants étrangers dont 45 % d'Européens (C. Peretti, Les étrangers dans l'enseignement supérieur, Cah. fonct. pub. préc. p. 13).