

Europe, culture et fonction publique

Jean-Luc Bodiguel

Volume 11, Number 2, Spring 2001

L'Europe, le laboratoire d'idées du XXI^e siècle?

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/801181ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/801181ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Collège Édouard-Montpetit

ISSN

1181-9227 (print)

1920-2954 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bodiguel, J.-L. (2001). Europe, culture et fonction publique. *Horizons philosophiques*, 11(2), 42–57. <https://doi.org/10.7202/801181ar>

EUROPE, CULTURE ET FONCTION PUBLIQUE

Le traité (dit traité de Rome) instituant le 25 mars 1957 entre six pays européens une «Communauté économique européenne» est par nature essentiellement économique¹. En effet, cette Communauté a pour mission selon son article 2, «par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit». Rien dans ces principes qui puisse faire penser qu'un jour, cette Communauté européenne, qui deviendra l'Union européenne, interviendrait d'une manière ou d'une autre dans la culture de l'un ou l'autre des pays qui la composent. Or l'une de ses politiques risque d'avoir des incidences fortes sur certains aspects des cultures nationales. Peut-on dire d'ores et déjà qu'une culture européenne est en cours de formation, à même de se substituer à plus ou moins long terme aux cultures nationales? Le propos n'est pas de proposer une réponse globale à un problème qui embrasse de multiples aspects, mais, à partir d'un élément particulier des cultures nationales, de tenter un début de réponse.

J'aborderai cette problématique par la culture administrative, et plus précisément par le statut des agents publics. Celui-ci témoigne de l'histoire particulière de chaque pays. La nature des relations qui se sont développées au fil du temps entre la société civile et l'État ont fortement influencé la constitution des fonctions publiques. D'une manière schématique et globale, on constate que l'État et sa société civile ont développé deux types ou modèles de relations. Il existe des pays où cette entité mythique qu'est l'État domine fortement les citoyens qui sont presque considérés comme étant à son service. Dans d'autres, la société civile est dominante et l'État constitue un mal nécessaire qui doit être limité au maximum et qui est enserré dans un corpus juridique qui le maintient à la portion congrue. Le premier modèle s'incarne historiquement dans la Prusse de Frédéric II ou la France de Louis XIV. Le second a comme

1. Cet article est une synthèse des travaux suivants de l'auteur : *Les fonctions publiques dans l'Europe des Douze*, Paris, LGDJ (collection «Systèmes»), 1994 ; «La libre circulation des agents publics en Europe», dans *Les informations administratives et juridiques*, n°7 (juillet 1995), pp. 3-8; «Une conception européenne de la fonction publique», dans D'ARCY, François et ROUBAN, Luc, *De la Ve République à l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, p. 163-181.

référence la Grande-Bretagne ou les Pays-Bas. N'oublions pas que, dans ce dernier pays conquis et reconquis, l'État a souvent été l'État étranger, d'où la tentation plus ou moins consciente de le limiter au maximum. Il existe donc deux types de situations : soit le pouvoir appartient à une communauté de citoyens qui constituent l'État, c'est-à-dire qu'ils sont à la fois le législateur, l'exécutif et l'administrateur; soit l'État a confisqué à son profit le pouvoir et a fortement mis en tutelle les citoyens, la société civile. Or le partage de l'Europe entre ces deux modèles étatiques épouse étroitement les limites de l'Empire romain. Les pays dominés par la Rome impériale ont développé un État dominateur, les autres ont en quelque sorte adapté le modèle de la cité grecque du V^e siècle avant Jésus-Christ gérée par ses citoyens réunis en assemblée.

Mais si l'État est une abstraction, il s'incarne dans l'administration, c'est-à-dire en fait dans les agents publics qui la font vivre. Or les relations État/société civile déterminent assez étroitement la nature du statut des agents publics. La Cité grecque est une société politique où les instances administratives sont étroitement subordonnées aux instances politiques. Elle va donc développer un modèle de fonction publique dite «d'emploi» ou «ouverte» dont le schéma va s'appliquer quasiment à l'identique dans les modèles libéral (anglo-saxon) et marxiste, profondément marqués par la supériorité de la société civile sur l'État. Inversement, l'empire romain, pour asseoir son pouvoir face aux élites républicaines qu'il avait évincées va s'appuyer sur des fidèles, en grande partie les fonctionnaires qu'il va fidéliser en leur assurant une sécurité d'emploi, le prestige et les honneurs. Ainsi est née la fonction publique «de carrière» ou «fermée».

Les pays européens où traditionnellement l'État est fort et domine la société civile ont développé une fonction publique de carrière, attirant les élites sociales car travailler pour lui apporte à la fois richesse et prestige. Lorsque la société civile est dominante, travailler pour l'État est en revanche moins valorisant que travailler pour l'entreprise car il n'a guère d'avantages à accorder, la fonction publique d'emploi s'y est donc développée.

Sans doute les périodes postérieures ont-elles laissé des sédiments, et ces deux modèles n'ont pas conservé dans chaque pays leur pureté d'origine. Mais on peut avancer avec certitude que le système de fonction publique qui prévaut dans chaque pays plonge au plus profond de l'histoire, et qu'aucun pays (sauf l'Italie²) jusqu'à présent n'est

2. Le mauvais fonctionnement du statut des fonctionnaires a conduit le gouvernement italien en accord avec les syndicats à le remplacer par un système d'emploi géré par des conventions collectives et à assujettir les fonctionnaires au droit du travail.

tenté de passer d'un système à un autre. Sauf que, sous la pression indirecte de l'Europe, certains seront peut-être obligés de rompre avec leur culture multiséculaire.

Il reste à voir comment l'Union européenne, agissant dans le cadre du traité de Rome et n'intervenant en aucune façon dans les domaines réservés à la subsidiarité, peut créer une culture commune dans le domaine administratif. On exposera donc dans un premier temps la conception que se fait l'Europe de la fonction publique, et dans un second la méthode qu'elle utilise pour faire triompher sa thèse.

1. La conception européenne de la fonction publique

Il existe bien une conception «bruxelloise» de la fonction publique entièrement contenue dans le titre même du Traité de Rome, son préambule et ses principes. Le Traité organise une union économique visant le développement des activités économiques, une expansion continue et une augmentation du niveau de vie. Ce n'est que *in fine* qu'il est question de promouvoir «des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit». La réalisation de ce marché libre passe par un certain nombre d'actions explicitées dans l'article 3 dont l'un des alinéas vise «l'abolition entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux». L'article 7 renforce l'article 3 en interdisant «toute discrimination exercée en raison de la nationalité».

Il s'agit de créer un marché économique libéral, débarrassé des contraintes interventionnistes des États membres, et de cela seulement. Conscient de la difficulté de la tâche, le traité de Rome, dans son article 48, édictait que «la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté est assurée au plus tard à l'expiration de la période de transition». Elle a fortement avancé pour les travailleurs du secteur privé mais elle ne paraissait pas encore suffisante à l'aube de l'Union économique et monétaire que le traité de Maastricht du 7 février 1992 devait consacrer.

La Commission publiait en janvier 1988 une communication en rappelant que «la communauté s'est notamment fixé comme tâche de réaliser pour 1992 un véritable marché intérieur, un espace sans frontière dans lequel la libre circulation des personnes occupe une place fondamentale». Son insuffisance met en cause le libre jeu du marché et exige une action vigoureuse. Elle entreprend donc une action pour porter la libre circulation au sein de l'administration publique qui en semblait cependant exclue par un alinéa de l'article 48 : «Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique». Cette exclusion n'avait fait l'objet d'aucun doute pendant trente ans. Mais la Commission, après ce long délai, décidait d'entreprendre une action pour éliminer les

obstacles fondés sur la nationalité qui, dans pratiquement tous les États membres, interdisaient l'accès aux emplois de la plupart des services publics. Ce projet «libéral» va directement à l'encontre de l'État interventionniste.

Comment s'y prend la Commission pour justifier son immixtion dans un domaine qui semble réservé aux États? Elle opère une sorte de partage entre les emplois publics qui entrent dans l'exception du paragraphe 4 et ceux qui «apparaissent manifestement comme étant en général suffisamment éloignés des activités *spécifiques*³ de l'administration publique, telles que définies par la Cour de justice, pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement relever de l'exception prévue à l'article 48 (4) du traité». Le champ d'application du paragraphe 4 est, en effet, difficile à déterminer car «la puissance publique a assumé des responsabilités de caractère économique et social ou participe à des activités qui ne sont pas assimilables aux fonctions *typiques* de l'administration publique⁴». Laisser à chaque État la définition de l'administration publique «aurait pour conséquence de soustraire à l'application des principes du traité un nombre considérable d'emplois et de créer des inégalités entre États membres en fonction des disparités qui caractérisent l'organisation de l'État et celle de certains secteurs de la vie économique⁵». Cela reviendrait à faire échec à l'application des règles communautaires.

La communication faisait entrer dans l'exception à la libre circulation : les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie ainsi que les emplois exercés dans les ministères de l'État, les gouvernements régionaux, les collectivités territoriales, les banques centrales dans la mesure où ces personnels occupent des activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'État ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise à exécution de ces actes, le contrôle de leur application, la tutelle des organismes dépendants. Ces emplois supposent «l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité⁶».

En revanche, l'alinéa 4 ne devait pas s'appliquer : aux organismes chargés de gérer un service commercial (transports publics, distribution d'électricité ou de gaz, compagnies aériennes ou maritimes, postes et

3. Souligné par nous.

4. Arrêt Royaume de Belgique du 17 décembre 1980. Souligné par nous.

5. Louis DUBOUIS, «La notion d'emplois dans l'administration publique (art. 48, § 4 du traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics», dans *Revue française de droit administratif*, 3(6) (novembre-décembre 1987).

6. Arrêt Royaume de Belgique du 17 décembre 1980.

télécommunications), aux services opérationnels de santé publique, à l'enseignement dans les établissements publics, à la recherche à des fins civiles dans les établissements publics. Ces quatre secteurs ont été choisis sur plusieurs critères : le nombre des plaintes de ressortissants européens qui se voyaient écartés de ces emplois, l'importance du nombre des emplois concernés, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) dans ces domaines, une libre circulation dans ces secteurs favoriserait en outre l'action de la Commission dans d'autres domaines (libre circulation des chercheurs, politique des transports, politique de l'éducation, etc.) et surtout le fait que, dans certains États, la condition de nationalité n'est pas exigée, que ces activités soient exercées sous un régime de droit privé ou de droit public. La clause de nationalité couvrirait donc selon les pays un nombre plus ou moins important d'emplois, créant une forte inégalité entre pays membres, les uns très ouverts, les autres complètement fermés ou presque.

Le paragraphe 4 ne saurait donc s'appliquer «à des emplois qui, tout en relevant de l'État ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent cependant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite».

La limitation de l'ouverture à quatre secteurs est d'ailleurs précaire dans la mesure où ils sont qualifiés de prioritaires. Il pourrait exister d'autres secteurs, non prioritaires, mais qui pourraient, à terme, être concernés. En effet, pour définir ces quatre secteurs, la Commission s'est fondée à la fois sur l'état de la jurisprudence et sur «les conditions actuelles de la construction du marché unique». Une réduction du champ des emplois fermés à la libre circulation peut donc être envisagée à l'avenir.

Parler ainsi de fonctions «typiques» ou «spécifiques» de l'administration publique renvoie directement aux théoriciens libéraux du XIX^e siècle. Henri Berthélémy soutient que l'État a des fonctions essentielles (police, justice, défense, ...) et des fonctions facultatives dans les domaines culturel (enseignement, Beaux-Arts), industriel et commercial (transports, postes, mines et forêts, brevets, douanes, etc.), d'assistance et de prévoyance de l'État⁸. Paul Leroy-Beaulieu précise que «tous les besoins collectifs ne sont pas nécessairement du domaine de l'État; ils n'y rentrent que très exceptionnellement⁹». La variété des domaines d'inter-

7. *Ibid.*

8. Henri BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, p. 677. Les autres missions essentielles concernent la réglementation de certains domaines comme le domaine public terrestre, maritime et fluvial, le régime des eaux courantes, les travaux publics.

vention interdirait à l'État libéral d'utiliser un seul régime administratif. Aux activités de puissance publique, un régime de droit public mais pour les activités non essentielles : «L'État gestionnaire... doit se mouvoir dans un cadre juridique similaire à celui qui régit les différents acteurs de la société civile¹⁰».

Il est une autre raison qui, dans l'esprit des libéraux, doit contribuer à restreindre les fonctions de l'État et, par suite, le nombre des fonctionnaires, c'est que ceux-ci forment «une classe stérile». Les fonctionnaires sont improductifs et n'ajoutent aucune valeur supplémentaire aux biens. Les coûts qu'engendrent l'improductivité des fonctionnaires pénalisent le secteur privé. Il faut donc limiter la croissance de l'État et, pour maîtriser l'évolution des dépenses publiques, il faut contenir les coûts de la fonction publique, c'est-à-dire limiter son champ d'action, ce qui suppose des politiques restrictives tant en ce qui concerne les effectifs que les rémunérations. Mais cela suppose également que l'État soit plus efficace pour qu'il soit moins coûteux. Il faut donc lui appliquer les règles de fonctionnement et d'organisation du travail en vigueur dans le secteur privé. Ce fut réalisé par l'implantation du taylorisme dans l'administration. Le «managérialisme» anglais actuel comme les tentatives d'implanter le management public en sont les avatars contemporains. Ligotées par l'esprit et les dispositions d'un Traité que personne ne songe sérieusement à remettre en cause, les institutions communautaires appliquent ainsi une pensée libérale réactualisée et en tirent des conséquences claires sur le statut et la définition du fonctionnaire.

La Commission comme la Cour de justice des Communautés européennes ont donc repris cette distinction et en font un critère de différenciation des règles s'appliquant aux agents publics. Si elles s'interdisent de toucher au statut des fonctionnaires au service des «activités spécifiques de l'administration publique», elles s'autorisent, pour les activités non spécifiques, des actions qui ont des conséquences sur le «statut» des agents. Faute d'avoir, comme en Allemagne, une double conception des agents publics (fonctionnaires, employés et ouvriers sous conventions collectives), les propositions et les solutions qu'elles entendent imposer touchent de plein fouet les solutions progressivement adoptées en France depuis plus d'un siècle ainsi que dans d'autres pays.

La suppression de la clause de la nationalité permet à une grande

9. Paul LEROY-BEAULIEU, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, Paris, Librairie Guillaumin et Cie, 1896, p. 676.

10. Jean-Philippe BRAS, *Les approches théoriques de la fonction publique*, thèse pour le doctorat d'État de droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1985, tome II, p.10.

partie des fonctionnaires d'avoir la qualité de «travailleurs»¹¹, ce qui, selon l'article 48 «implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publique :

- de répondre à des emplois effectivement offerts,
- de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres,
- de séjourner dans un des États 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 État membre, après y avoir occupé un emploi».

La Commission et la Cour de justice tirent de cette notion de travailleur trois principes importants :

- Le principe de non-discrimination absolue entre les ressortissants des États membres quelle que soit leur nationalité. Ce principe interdit toute forme de discrimination indirecte non fondée en apparence sur la nationalité mais dont les effets conduisent à pénaliser principalement les non-nationaux.
- Le principe de libre circulation qui garantit à tous les ressortissants de l'UE de se rétablir dans leur pays d'origine après avoir fait usage de leur droit à circuler librement au sein de l'Union européenne.
- La règle du traitement national qui impose d'appliquer aux non-nationaux, qui viennent travailler dans un pays, les règles en vigueur dont bénéficient les nationaux. Ces travailleurs mobiles sont soumis aux mêmes contraintes que les nationaux du pays dans lequel ils s'établissent mais ils bénéficient des mêmes avantages¹².

La distinction entre fonctions essentielles et facultatives a, pour les libéraux, une incidence directe sur la notion de fonctionnaire public. La nature juridique du lien qui l'unit à l'État va donc varier. La distinction entre «fonctions d'autorité» et «fonctions de gestion» permet de définir la

11. On retrouvait cette notion à l'identique dans les régimes communistes des pays de l'Est lorsqu'ils parlaient de «travailleurs d'État» ou de «travailleurs aux postes dirigeants» (pour «hauts fonctionnaires»).

12. Ces trois principes tirés de l'article 48 peuvent se révéler contradictoires. L'interdiction de toute discrimination indirecte peut conduire à placer le non national dans une situation plus favorable que le national dans le temps même où il doit y avoir égalité entre les deux.

nature des fonctions publiques. Les fonctions d'autorité correspondent aux fonctions essentielles de l'État. Ces fonctions participent au pouvoir de commandement, elles sont conférées de manière légale «elles n'ont aucune base contractuelle; il n'y a pas plus contrat entre le chef de l'État et le fonctionnaire qu'entre l'État personne morale et le fonctionnaire». Les fonctions de gestion correspondent aux fonctions accessoires. Ces fonctions «ne sont autre chose que de véritables louages de services, contrats de pur droit privé¹³». Gaston Jèze campe sur les mêmes positions; il reconnaît que l'État a des missions obligatoires et il en fait le critère du fonctionariat : «Est fonctionnaire et n'est fonctionnaire que l'agent participant à l'accomplissement d'une mission considérée comme obligatoire pour l'État¹⁴».

Les libéraux ont une certaine image du fonctionnaire. Ils craignent la bureaucratie et ont peur qu'elle ne contribue à segmenter la société et par là à porter atteinte à l'égalité entre tous les citoyens. Le combat contre la bureaucratie passe par l'indifférenciation entre le secteur privé et le secteur public. Il faut favoriser une forte mobilité entre les deux secteurs. L'agent public n'est pas défini par son statut ou par la nature du lien qui le lie à l'État mais par la possession d'une spécialité¹⁵. Les «fonctions publiques» ne sont pas plus compliquées à remplir que les fonctions privées. Assimiler la nature juridique du lien qui lie l'agent à l'État à un contrat de louage de service permet de définir l'agent public par rapport à sa spécialité : «Autrefois, les téléphones étaient exploités par une compagnie qui occupait des ingénieurs; quelle différence y a-t-il entre ces ingénieurs et ceux qui, pour l'État, font aujourd'hui le même service? – Aucune. – Une commune a des immeubles assez nombreux pour que leur entretien exige l'emploi d'un architecte à l'année; elle a des jardins où sont occupés des jardiniers à l'année. Quelle différence entre l'architecte communal, le jardinier communal et des architectes ou des jardiniers occupés par une compagnie immobilière pour ses immeubles ou par un particulier pour ses jardins? – Aucune¹⁶». En faisant ainsi tomber une forte proportion des fonctionnaires dans la catégorie indifférenciée des travailleurs, les institutions communautaires s'inspirent de ces thèses qui induisent un recrutement identique à celui du secteur privé.

Elles sont donc attirées par un système de fonction publique

13. Henri BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire (...)*, op. cit., p. 58

14. Gaston JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris Berger-Levrault et Cie, 1904, p. 26.

15. François GAZIER, *La fonction publique dans le monde*, Paris, Éd. Cujas (Bibliothèque de l'Institut international d'administration publique, 1), 1972, p. 22-27 et 58.

16. Henri BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire (...)*, op. cit., p. 57.

favorisant l'assimilation entre travailleurs publics et privés, c'est-à-dire un mécanisme fondé sur le contrat contre la carrière à vie et sur un corpus de règles le plus proche de celles des travailleurs du secteur privé.

2. La méthode : la lutte contre les discriminations indirectes

Demander la libre circulation pour une partie importante des «fonctionnaires/travailleurs» allait directement à l'encontre de presque tous les États dont les dispositions législatives, réglementaires, et constitutionnelles parfois, faisaient de la nationalité une condition pour entrer dans l'administration publique. La première attaque a consisté à faire disparaître la clause de nationalité des législations nationales. Dans l'ensemble, les États ont bien admis l'interprétation fonctionnelle contre une interprétation institutionnelle ou organique de la fonction publique. La plupart d'entre eux ont donc mis sur un pied d'égalité leur citoyenneté et la citoyenneté d'un État membre. Toutefois cette adaptation a été plus facile pour certains États que pour d'autres qui n'ont suivi qu'avec une grande réticence la jurisprudence de la Cour de justice. Des pays comme l'Irlande, les Pays-Bas et le Royaume-Uni n'ont guère eu de problèmes. D'autres dont les fondements de la fonction publique sont fixés dans la Constitution ou dont l'effectif des fonctionnaires (au sens statutaire) est important (Allemagne, Espagne, France) ont connu davantage de difficultés mais on doit considérer que la suppression de la clause de nationalité est en pratique réalisée. En revanche, la levée de la clause de nationalité a fait prendre conscience que la libre circulation resterait faible et très incertaine si d'autres problèmes connexes, dont certains sont encore mal identifiés, ne pouvaient être résolus. Il reste donc à identifier certaines dispositions des systèmes de fonction publique qui pourraient être remis en cause si la CJCE pensait qu'il y avait discrimination indirecte vidant de toute effectivité la libre circulation.

a) Les exigences linguistiques

Les connaissances linguistiques exigées des candidats ne devraient pas, en principe, faire question. Quoi de plus naturel que d'exiger la connaissance de la langue du pays d'accueil? Mais certains pays ou certaines collectivités autonomes exigent la connaissance d'une langue particulière. Il en est ainsi du gaélique, du flamand, du luxembourgeois, du catalan, du finnois, etc. L'exigence linguistique pour le recrutement peut donc devenir un moyen détourné d'écarter des étrangers.

Dans l'arrêt de la Cour du 28 novembre 1989 (affaire *Anita Groener c/ The Minister for Education and the City of Dublin, Vocational Educational Committee*), il s'agissait du refus du ministre de nommer cette personne d'origine néerlandaise à un poste permanent à temps

plein de professeur d'art en raison de son échec à un examen destiné à évaluer ses connaissances de la langue irlandaise. Toute la question était de savoir si l'exigence de la connaissance de l'irlandais, l'une des deux langues officielles du pays, devait être considérée comme ayant pour but exclusif ou principal d'écartier les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert et, d'autre part, si la connaissance de l'irlandais était requise «en raison de la nature de l'emploi à pourvoir». Considérant que la langue irlandaise est la première langue officielle (l'anglaise étant la seconde) et que son usage est un moyen d'expression de l'identité et de la culture nationale, sa connaissance est justifiée même si, en l'espèce, l'enseignement de l'art se déroule en anglais. En conséquence, la cour reconnaît que l'exigence de la connaissance de la langue irlandaise, qui s'inscrit «dans le cadre d'une politique de promotion de la langue nationale qui est en même temps la première langue officielle» n'a pas pour but d'écartier les ressortissants communautaires mais elle précise «que cette exigence (doit être) mise en oeuvre de façon proportionnée et non discriminatoire».

La CJCE ferait-elle la même réponse pour un pays qui, tel le Luxembourg, possède trois langues officielles? Et que pourrait-elle dire s'agissant d'une langue régionale imposée à ses agents par un exécutif régional en sus de la langue officielle du pays? Les réponses à ces questions ne sont pas entièrement inscrites dans cet arrêt. Par ailleurs, la Cour, qui s'est arrogée le droit de vérifier si la nature de l'emploi exigeait la connaissance de la langue officielle, pourrait conclure dans un sens opposé à la solution qu'elle a donnée dans l'affaire *Groener*.

b) Un recrutement banalisé

Les directives européennes n'affectent pas le droit des États d'imposer leur mode de recrutement particulier. Mais, il est évident que ses modalités ne doivent pas être un moyen détourné d'éliminer les candidats ressortissants de l'UE et titulaires de diplômes étrangers. La Commission n'a pas encore saisi la Cour de justice de détournements supposés. Mais il est envisageable qu'elle se mette à examiner la proportion de candidats nationaux et communautaires éliminés par une modalité particulière de recrutement et qu'elle agisse en conséquence. L'appréciation de la situation des candidats à l'égard de certaines obligations imposées par le droit national pour l'accès à la fonction publique peut parfois se révéler délicate et faire naître des discriminations indirectes. Outre les diplômes requis, ces obligations peuvent concerner l'âge, la résidence, l'expérience professionnelle, la jouissance de droits civiques (droit de vote et éligibilité), l'absence de condamnations incompatibles avec les fonctions

(appréciée en France, au regard du casier judiciaire), la position régulière au regard des obligations de service national. Les conditions d'âge (encore qu'on puisse se demander quelle solution adopter lorsque l'agent migrant a dépassé la limite d'âge exigée), de résidence ou d'expérience professionnelle requise n'engendreront sans doute guère de problèmes mais d'autres questions seront plus délicates à trancher.

La Commission a certes reconnu, d'une manière à vrai dire confidentielle, que les États conservaient leur mode de recrutement particulier, mais le concours peut donner lieu à de multiples controverses. Par exemple, les ressortissants des États titulaires d'un diplôme leur permettant d'accéder dans leur pays à une profession déterminée sans autre épreuve peuvent contester l'obligation de passer un concours sur épreuves pour accéder à la même profession dans un autre État¹⁷. L'interprétation actuelle de la Commission qui fait du concours une modalité de choix entre les candidats n'engage pas la Cour de justice. Celle-ci pourrait être amenée à le considérer comme un diplôme supplémentaire. La question du concours de type français ou espagnol reste une question en suspens.

La suppression de la clause de nationalité n'a aucun intérêt si, parallèlement, on pouvait refuser à un candidat l'accès à la fonction publique pour défaut de qualification alors même qu'il posséderait le ou les diplômes lui permettant d'accéder à la fonction publique de son pays. La reconnaissance mutuelle des diplômes est donc inséparable de la suppression de la clause de nationalité. En France, l'accès à la fonction publique est conditionné par l'obtention de diplômes attestant d'un niveau d'études. Dans chaque État membre, des mécanismes permettant la reconnaissance des diplômes et des formations acquises dans d'autres États membres doivent être mis en place.

Deux directives communautaires ont permis la reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur (au moins bac plus trois ans) en 1988 (directive 89/48) et des diplômes de niveau inférieur (moins de bac plus trois ans) en 1992 (directive 92/51). Le diplôme d'enseignement supérieur acquis dans le pays d'origine doit être pris en compte automatiquement (en y ajoutant éventuellement une formation complémentaire) et avoir les mêmes effets dans le pays d'accueil que dans le pays d'origine. Ces deux directives ne règlent pas tous les problèmes. Pour les cadres, le recrutement s'opère de plus en plus à bac + 5, question non réglée. S'agissant plus précisément de la France, le niveau des «grandes écoles» que sont l'École polytechnique ou l'École normale supérieure (et d'autres) peut

17. Le titulaire d'une habilitation italienne peut-il être dispensé de passer le concours d'agrégation universitaire en France?

faire l'objet d'interprétations différentes, pouvant aller à les remettre en cause.

c) La formation

Les libéraux manifestent une forte hostilité à l'idée d'écoles de formation administrative qui contribuent à la ségrégation et au cloisonnement. Écoles et concours favorisent la création d'un mandarinat basé sur l'esprit de corps comme la constitution d'une caste fondée sur l'inamovibilité et l'avancement à l'ancienneté. Ces écoles doivent être supprimées de même que l'avancement à l'ancienneté¹⁸. C'est dans ce cadre que le concours est récusé comme modalité de choix pour l'entrée dans l'administration. Entendons le concours comme système de double vérification, d'une part que le candidat a intériorisé les valeurs et l'éthique du service public et d'autre part qu'il possède les connaissances nécessaires pour faire carrière. Le concours ne reste accepté que s'il s'apparente à un système de tests permettant de vérifier l'aptitude professionnelle de l'intéressé par rapport à un emploi précis. La prudence actuelle des institutions communautaires dans ce domaine cache mal la suspicion qui s'attache, pour elles, à la double notion de concours et d'écoles de formation initiale particulièrement développée en Espagne et en France. Travailler dans l'administration n'est pas une fonction demandant une formation spécifique, l'Université est à même de pourvoir à tous les emplois.

d) Un emploi et non une fonction

L'idée de spécificité de l'emploi public conduisait les pays à système de fonction publique de carrière à ne pas prendre en compte une période de travail antérieure au recrutement sur le motif qu'elle aurait été accomplie dans le service public d'un autre État membre. Cette position est devenue une discrimination indirecte non justifiée depuis l'arrêt du 23 février 1994 de la CJCE dans l'affaire *Ingetraut Scholz c/ Opéra Universitaria di Cagliari*. Cet arrêt peut conduire à compromettre le mécanisme de déroulement de carrière. L'ancienneté acquise dans son pays d'origine dans une profession déterminée doit donc permettre le recrutement dans le pays d'accueil dans le corps correspondant en dehors de tout concours et avec la même ancienneté. Cette logique bouleverse en particulier le système français.

a) La France a toujours privilégié le recrutement externe en début de carrière mais permet aux nationaux qui ont déjà une expérience professionnelle d'accéder à la fonction publique en cours de carrière. Cette possibilité est pratiquement réservée aux agents de l'État, des collectivités

18. COURCELLE-SENEUILLE, «Étude sur le mandarinat français», dans THUILLIER, Guy, *Bureaucratie et bureaucrates en France au XIX^e siècle*, Genève, Droz, 1980, p. 113.

locales ou des établissements publics. Des concours «internes» permettent ainsi la mobilité et la promotion des personnels. Ces concours sont ouverts exclusivement aux agents en fonction au moment des épreuves et justifiant d'une certaine ancienneté dans l'administration française, acquise selon des modalités variables selon les concours.

L'obligation faite d'accepter les migrants peut conduire à traiter plus favorablement les Européens que les Français. La France pourrait être contrainte d'accepter la candidature de ressortissants européens bénéficiant d'une expérience dans le secteur qualifié de public de leur pays alors que des fonctions équivalentes relevant en France du secteur privé n'auraient pas permis à un Français de se présenter aux concours internes et d'entrer dans l'administration.

Une autre exigence de la Commission peut toucher l'économie des concours internes. Les lauréats des concours doivent suivre une formation professionnelle au cours d'un stage avant leur titularisation définitive (cas des enseignants). La Commission soutient que les enseignants ayant déjà exercé dans leur pays et ayant réussi un concours de recrutement de même niveau pour devenir enseignant en France devraient être dispensés de tout ou partie de la formation professionnelle prévue. Il n'est cependant guère possible d'exonérer les intéressés d'une formation spécifique pour des éléments qui n'auraient pas été acquis à l'étranger ni lorsque les différences de formation sont substantielles. Certains métiers exigent une connaissance approfondie des législations techniques, administratives et juridiques françaises.

b) Il existe en droit français des mécanismes de reclassement qui permettent d'assurer dans toute la mesure du possible un déroulement de carrière harmonieux pour un fonctionnaire qui change de corps. Comment accorder à un fonctionnaire européen cette garantie maintenant exigée par la jurisprudence?

Les mécanismes qui permettent de prendre en compte dans la carrière des activités professionnelles antérieures répondent à deux logiques. Une logique de promotion, de valorisation et de fidélisation des agents pour les services accomplis au sein d'une même entité ou pour un même employeur. Une logique d'égalité afin de compenser l'obligation de service national qui pénalise les hommes au moment de l'accès aux emplois, d'où le recul de la limite d'âge pour se présenter aux concours et la prise en compte de la durée du service national dans le calcul de l'ancienneté et de la retraite. À ce principe, il existe quelques rares dérogations qui rendent cependant difficiles de maintenir une ligne exclusivement basée sur ces principes. L'arrêt Scholz aboutit à faire considérer comme

discriminatoire la position française fondée sur la notion de promotion interne organisée par l'employeur public pour valoriser ses personnels. Il en est de même en ce qui concerne les obligations militaires nationales depuis l'arrêt Ugliola du 15 octobre 1969¹⁹.

Lorsqu'il existe pour les nationaux, le reclassement doit donc s'appliquer aux «fonctionnaires travailleurs» migrants. Mais ce principe simple soulève des difficultés importantes. En effet, les services à prendre en compte sont des services dont les modalités et la durée sont définies par le pays d'origine. Les pays d'accueil seront ainsi obligés de prendre en compte des services très divers. Indubitablement, ce principe pourra permettre des reclassements beaucoup plus favorables pour les ressortissants étrangers que pour les ressortissants du pays d'accueil (on n'évoquera pas ici l'impact financier important provoqué par ces reclassements qui pourraient être très favorables pour certains). Mais la transposition de la règle du reclassement «à indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur» imposerait d'aligner la rémunération du fonctionnaire européen sur celle qu'il percevait dans son administration d'origine. Or, pour des fonctions comparables, les rémunérations sont très différentes et le système conduit à un traitement très inégalitaire des agents. La prise en compte de l'ancienneté engendre également des difficultés. Il est bien délicat d'apprécier le niveau des fonctions exercées dans son pays par un étranger et d'estimer leur équivalence avec celles exercées par les fonctionnaires du pays d'accueil. Les institutions communautaires tendent à ne voir dans le concours interne qu'un mécanisme destiné à faciliter la mobilité alors qu'il constitue bien davantage un facteur de promotion interne, c'est-à-dire de promotion sociale.

Ce sont donc des pans entiers des principes traditionnels de la fonction publique française, inscrits dans le «Statut général des fonctionnaires» qui pourraient être démantelés demain au profit d'une réglementation se situant dans la ligne libérale où la non spécificité de la fonction publique a pour corollaire l'absence d'inamovibilité. Le libéral Gaston Jèze écrivait que «le maintien des individus pendant un long temps en fonctions entraîne plus d'inconvénients qu'il ne résulte d'avantages de leur expérience²⁰». Ce qui est permanent, c'est l'emploi et non l'agent. Certes, l'agent affecté à un emploi permanent peut être permanent mais

19. «Un travailleur migrant, ressortissant d'un État membre, qui a dû interrompre son activité dans une entreprise d'un État membre, afin de remplir ses obligations militaires nationales, a également le droit de voir prendre en compte la période ainsi passée sous les drapeaux pour le calcul de son ancienneté dans cette entreprise, pour autant que les périodes de service militaire accomplies dans le pays de l'emploi soient elles aussi prises en compte au bénéfice des travailleurs nationaux».

20. Gaston JÈZE, *Les principes généraux (...), op. cit.*, p. 404.

ce n'est pas indispensable. Il faut donc que les mécanismes qui permettent tant l'entrée dans l'administration que la sortie facilitent la circulation entre les secteurs. Le lien avec l'administration doit être précaire, la rupture de la relation de service ne doit pas être irrévocable, on va et on vient, les séparations ne sont que provisoires. Les libéraux reconnaissent cependant que le procédé de louage de services «manque de souplesse»²¹ car il ne permet pas l'adaptation, à tout moment, de l'organisation du service public aux besoins à satisfaire; une fois conclu et contrairement au statut, le contrat ne peut être modifié que par la volonté unilatérale des parties²². Ils n'avaient pas senti que la notion de «contrat», lorsque l'État est l'une des parties, est très particulière. Les suspensions de conventions collectives et les baisses autoritaires des traitements sont cependant là pour rappeler que le contrat pour les agents publics est loin d'être aussi protecteur qu'ils ne le pensaient. Mais l'Europe campe maintenant sur ces mêmes positions.

En définitive, certains pays admettent mal la notion de «fonctionnaire-travailleur migrant», soit en raison d'un sentiment communautaire national très fort, soit en raison de l'intensité de la notion de «fonctionariat», soit en raison de la crainte d'une possible discrimination à l'encontre des nationaux, c'est-à-dire le fait que le non-national qui a travaillé dans plusieurs pays pourrait avoir plus de droits que la national qui n'aurait jamais quitté son pays. Les pays qui possèdent des systèmes de fonction publique de carrière sont en effet davantage poussés à refuser la libre circulation car celle-ci implique en réalité deux choses : l'ouverture à l'étranger sans doute, mais surtout la possibilité qu'un individu ait à la fois des «carrières» publiques ou privées. Ce point est culturellement fondamental pour les fonctions publiques de carrière. Il s'agit en effet d'accepter qu'une personne ait un parcours professionnel qui la fait passer du secteur privé au secteur public et réciproquement, et ceci

21. *Ibid.*, p. 407.

22. En revanche l'auteur précise que dans un régime juridique déterminé unilatéralement (statut) «le service sera organisé, modifié, bouleversé unilatéralement par l'administration sans qu'elle ait juridiquement à s'occuper de la volonté et du desiderata des agents». Il faut bien comprendre que, pour les libéraux, le régime le plus protecteur pour les agents est celui du contrat par rapport à un régime «qui peut être modifié à tout instant» et qui constitue le régime des fonctionnaires : «La marche des affaires publiques exige qu'entre les différents dépositaires de la puissance publique, il y ait unité de sentiment, conformité de tendances... Que peut valoir l'autorité d'une administration dont la moitié des administrateurs commande d'aller à droite quand l'autre moitié commande d'aller à gauche?... Et voilà pourquoi nous consentons sans surprise à ce que les gouvernements successifs changent librement les représentants de l'autorité... Il est aussi naturel qu'on révoque un préfet ou un procureur général pour motifs politiques qu'il serait extraordinaire que ces mêmes motifs puissent faire déplacer un ingénieur ou un architecte» (Henri BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire (...)*, op. cit., p. 61)»

éventuellement plusieurs fois. Entrer dans cette logique, c'est entrer dans une logique de fonction publique d'emploi. Pour les pays à système de carrière, c'est donc admettre que, à plus ou moins long terme, il leur faudrait abandonner la carrière pour le système de la fonction publique de l'emploi (tout au moins pour les agents qui ne sont pas soumis à l'exception de l'article 48 § 4).

En définitive, par le biais de la libre circulation et de la lutte contre les discriminations indirectes, les institutions communautaires attaquent de front les principales dispositions des fonctions publiques de carrière : mécanismes de recrutement et de formation, systèmes d'entrée en cours de carrière et de promotion, systèmes spéciaux de retraite. Prisonnière du Traité, l'UE est irrésistiblement attirée par la notion de fonction publique d'emploi. Pour elle, il n'existe que des travailleurs et des emplois. La notion de fonctionnaire doit être la plus réduite possible. La notion de corps est incompréhensible, tout comme celle de carrière (mécanismes de mobilité et de promotion interne) ou la spécificité des régimes de pension; le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics assuré par la règle des concours est largement incompris. Tout ce qui distingue emploi public et emploi privé suscite son incompréhension. La libre circulation est plus facilement assurée avec un système basé sur l'emploi et le contrat. À partir d'un principe, la libre circulation, l'Europe développe pour la faire passer dans les faits tout un argumentaire que n'auraient pas renié les penseurs libéraux de la fin du XIX^e siècle auxquels ce texte se réfère. Or nombre de pays (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie) ont conçu leur fonction publique en opposition avec les théories libérales. N'est-il pas envisageable de traiter le système de fonction publique de chaque pays comme sa langue? Les mécanismes que l'histoire a lentement mis en place et qui ont forgé les différents systèmes de fonction publique en Europe constituent, comme la langue, des «moyen(s) d'expression de l'identité d'un pays et de sa culture nationale²³». Qu'ils puissent et doivent s'adapter à la nouvelle donne européenne est une chose, qu'ils soient remis en cause dans leurs fondements mêmes seraient politiquement inacceptables.

Jean-Luc Bodiguel,
Directeur de recherche au CNRS,
Membre du Centre de Recherches sur l'Urbanisme,
l'Aménagement régional et l'Administration publique
(CRUARAP),
équipe de recherche associée au CNRS,
Faculté de Droit de l'Université de Nantes

23. Arrêt Anita Groener du 28 novembre 1989.