

Paris, le 24 juillet 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-194

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne du 13 décembre 2007 ;

Vu le Règlement n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 5 *bis* ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le décret n° 2010-311 du 22 mars 2010 relatif aux modalités de recrutements et d'accueil des ressortissants des États membres de l'UE ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi de la fonction publique française ;

Vu le décret n° 2011-489 du 4 mai 2011 portant statut particulier du corps des techniciens supérieurs du ministère chargé de l'agriculture ;

Saisi de la réclamation de Monsieur X concernant le refus opposé à son inscription au concours interne pour l'accès au corps des techniciens supérieurs d'un ministère, au titre de l'année 2017 ;

- Constate que le refus opposé à M. X constitue une discrimination au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ;

- Décide, en vue d'éviter que la situation exposée dans note ci-jointe ne se reproduise, de recommander au ministre compétent d'adresser une note à ses services, rappelant le raisonnement développé ci-après ;

Le Défenseur des droits demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Jacques TOUBON

**Recommandation en application de l'article 25 de la loi organique n°2011-333
du 29 mars 2011**

Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Monsieur X concernant le refus opposé à son inscription au concours interne pour l'accès au corps des techniciens supérieurs d'un ministère, au titre de l'année 2017.

RAPPEL DES FAITS

Ressortissant Roumain, résidant en France depuis l'année 2010, et contractuel « chargé d'action » au sein d'une Agence depuis avril 2016, Monsieur X conteste la décision de refus d'inscription au concours précité. Cette décision lui a été opposée par le ministère compétent, le 9 janvier 2017, au motif qu'il ne disposait pas, à la date de sa candidature, des quatre ans de services accomplis dans un État membre de l'union européenne (UE) exigés pour se présenter à ce concours, la Roumanie n'ayant accédé à ce statut qu'à la date du 1^{er} janvier 2007.

Monsieur X estime cependant remplir les conditions exigées pour se présenter au concours interne, soit quatre années de services accomplis dans un État membre de l'UE et être victime d'une discrimination en raison de sa nationalité.

En l'occurrence, Monsieur X a accompli une période de service public au sein d'un ministère en Roumanie à partir du 1^{er} mai 1996 et ce jusqu'au 14 août 2009, soit pendant 13 ans, 3 mois et 14 jours.

Saisi par les services du Défenseur des droits en demande de réexamen du dossier de l'intéressé, le ministère français compétent y a opposé un refus, par courrier du 6 mars 2018, au motif que seuls les services accomplis postérieurement à la date effective d'entrée de la Roumanie dans l'Union Européenne, soit le 1^{er} janvier 2007, pouvaient être pris en compte.

Le ministre indique avoir pris en compte le service militaire obligatoire accompli en Roumanie, les services effectués au sein de l'administration roumaine à compter du 1^{er} janvier 2007 (en excluant le congé de paternité accordé à M. X du 27/12/2008 au 19/07/2009), ainsi que les services au sein de l'Agence française, soit un total de 3 ans, 3 mois et 2 semaines.

Par ailleurs, le ministère ajoute que Monsieur X a pu s'inscrire au concours 2018 car il remplissait désormais la condition de quatre ans de services publics et qu'ainsi sa demande paraît dès lors devenue sans objet.

Cela n'ôte pas cependant le caractère discriminatoire d'une décision de refus d'inscription fondée sur la nationalité.

Par une note récapitulative en date du 18 juillet 2018, le Défenseur des droits a, à nouveau, saisi le ministère, qui par un courrier du 18 septembre 2018 a confirmé son analyse précitée tout en rappelant que M. X avait été déclaré admis au concours au titre de la session 2018.

Tout en se félicitant de la réussite de M. X à ce concours, le Défenseur des droits considère que la question de droit subsiste.

ANALYSE JURIDIQUE

Aux termes de l'article 5 du décret n° 2011-489 du 4 mai 2011 portant statut particulier du corps des techniciens supérieurs du ministère chargé de l'agriculture, le concours interne sur épreuve est également ouvert aux candidats justifiant de quatre ans de services auprès d'une administration, un organisme ou un établissement mentionnés au troisième alinéa du 2° de l'article 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

Conformément au 3^{ème} alinéa du 2° de l'article 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, les concours réservés aux agents publics « sont également ouverts aux candidats qui justifient d'une durée de services accomplis dans une administration, un organisme ou un établissement d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France dont les missions sont comparables à celles des administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires civils mentionnés à l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée exercent leurs fonctions, et qui ont, le cas échéant, reçu dans l'un de ces États une formation équivalente à celle requise par les statuts particuliers pour l'accès aux corps considérés ».

Aux termes de l'article 2 du décret n° 2010-311 22 mars 2010 relatif aux modalités de recrutements et d'accueil des ressortissants des États membres de l'UE ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi de la fonction publique française définit un « L'État membre d'origine » comme étant « (...) tout État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, autres que la France, dans lequel le ressortissant de l'un des États mentionnés à l'article 1er a été en fonctions avant son recrutement par concours ou par voie de détachement dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi de la fonction publique de l'État, territoriale ou hospitalière. »

Cependant les articles mentionnés *supra* ne précisent pas quel est le point de départ pour le calcul de l'ancienneté de services publics d'un ressortissant de l'UE.

En revanche, le Conseil d'État a considéré que « lorsque le statut d'un corps prévoit, pour le classement dans ce corps, la prise en compte de l'expérience professionnelle antérieure, de telles dispositions impliquent la prise en compte des services de même nature accomplis par les ressortissants d'un nouvel État membre, antérieurement à l'adhésion de cet État ». ¹

Dans le même sens, la Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé, qu'en l'absence de dispositions transitoires, les périodes d'activités antérieures à l'adhésion doivent nécessairement être prises en compte s'agissant du calcul de la rémunération des enseignants et des assistants sous contrat².

De tels raisonnements peuvent par analogie s'appliquer en l'espèce.

En effet, l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE) relatif au principe de la libre circulation, précise que ce principe implique l'abolition de toute

¹ CE 15 novembre 2010, Ministre de l'enseignement supérieur c/ M. D..., n°332218

² CJUE, 30 novembre 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst contre Republik Österreich, C-195/98.

discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne notamment l'emploi.

La prohibition de toute discrimination fondée sur ce critère a également été reprise en droit interne, notamment aux articles 1^{er} et 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui interdit les discriminations en raison de « *de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à (...) une nation* ».

Concernant la discrimination indirecte, la Cour de justice de l'union européenne (CJUE) est venue à plusieurs reprises la définir. Ainsi, doivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent essentiellement³ ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants⁴, ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par des travailleurs migrants⁵, ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment des travailleurs migrants⁶.

En l'occurrence, en refusant de tenir compte de l'intégralité des périodes d'activités pertinentes accomplies par un ressortissant d'un État membre de l'UE, l'interprétation de la réglementation nationale en cause est susceptible d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux en défavorisant plus particulièrement les premiers dès lors que ceux-ci pourraient faire valoir une expérience professionnelle similaire dans leur État d'origine d'une durée égale à celle requise pour les travailleurs ayant poursuivi leur carrière dans une administration française.

De surcroît, les articles du TFUE relatifs à la libre circulation des personnes constituent des dispositions fondamentales pour l'UE et toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée⁷.

Par conséquent, l'interprétation d'une réglementation nationale, telle que celle en cause, est susceptible d'entraver de manière discriminatoire la libre circulation des travailleurs, ce qui est interdit par les articles 45 du TFUE et 1^{er} du Règlement n°492/2011 susvisé.

Une telle mesure ne peut être admise que si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. Encore faut-il, en pareil cas, que son application soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif⁸.

En l'espèce le fait, pour l'administration, de ne pas prendre en compte l'expérience professionnelle pertinente au sein d'un État membre antérieurement à son adhésion va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi lié à l'exigence de compétences acquises par les candidats de par leurs expériences professionnelles antérieures et pourrait de ce fait constituer une discrimination indirecte en raison de la nationalité.

Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits estime que lorsqu'une disposition prévoit de prendre en compte l'expérience professionnelle antérieure d'un ressortissant de

³ CJCE 15 janvier 1986, P..., 41/84 ; CJCE 30 mai 1985, A... et C..., 33/88

⁴ CJCE, 17 novembre 1992, Commission/Royaume-Uni, C-2179/89 ; CJCE 20 octobre 1993, S., C-271/92

⁵ CJCE 4 octobre 1991, P..., C-349/87

⁶ CJCE 8 mai 1990, B..., C-175/88

⁷ CJCE, 15 février 2000, Commission/France, C-169/98 ; CJCE 1er avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon, C-212/06

⁸ CJCE 17 mars 2005 Kranemann, C-109/04 ; CJCE 16 mars 2010, Olympique Lyonnais, C-325/08

l'UE concernant un concours dans le secteur public, une telle disposition implique la prise en compte des services de même nature accomplis par les ressortissants d'un nouvel État membre, y compris antérieurement à l'adhésion de cet État à l'UE.

À défaut, il s'agit d'une discrimination indirecte en raison de la nationalité prohibée notamment par les articles 1 et 2 de de loi précitée du 27 mai 2008.

Depuis le refus de concourir opposé à M. X, ce dernier a pu remplir les conditions d'ancienneté telles qu'interprétées par le ministère français compétent.

Le Défenseur des droits décide de recommander au ministre d'adresser une note à ses services, rappelant le raisonnement développé ci-dessus, en vue d'éviter à l'avenir dans des situations similaires, les discriminations au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Le Défenseur des droits demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Jacques TOUBON