

Paris, le 4 juillet 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-084

La Défenseure 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 l'accord de coopération culturelle et technique entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République démocratique du Soudan du 22 décembre 1969 ;

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 le Code général de la fonction publique ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

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° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports.

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisie par Monsieur X d'une réclamation portant sur le refus de validation par le Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères (ci-après « MEAE ») de sa candidature à un poste de responsable de l'antenne du centre d'études et de documentation économiques, juridiques et sociales à Z, au Soudan, centre placé sous la tutelle du MEAE et du CNRS ;

Constate que le refus opposé à M. X n'est pas constitutif d'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 ;

Recommande néanmoins au Ministre de l'Europe et des Affaires Étrangères, en vue d'éviter qu'une situation similaire à celle évoquée dans la note ci-jointe ne conduise à l'application de critères de recrutement discriminatoires, d'adresser une note à ses services, rappelant le raisonnement développé ci-après ;

Recommande l'examen d'une modification réglementaire prévoyant la délivrance exceptionnelle d'un passeport de service aux agents ressortissants des États membres de l'Union européenne, pour des raisons de sécurité liées à la localisation de leur poste ou à la nature de leur mission.

La Défenseure des droits demande au MEAE de rendre compte des suites données à sa recommandation dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

La Défenseure des droits a été saisie de la réclamation de Monsieur X, chargé de recherches au centre national de la recherche scientifique (ci-après « CNRS »).

M. X s'estime victime d'une discrimination en ce que sa candidature au poste de responsable de l'antenne de Z du centre d'études et de documentation économiques, juridiques et sociales (ci-après « CEDEJ ») aurait été écartée par le MEAE au motif qu'il n'était pas de nationalité française, et ne pouvait par suite bénéficier d'un passeport de service.

FAITS ET PROCÉDURE

Le recrutement des chercheurs du CEDEJ est effectué par un conseil scientifique réunissant le MEAE, le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche et le CNRS. Après avoir auditionné les candidats présélectionnés, ce conseil émet un avis motivé sur les compétences scientifiques de chaque candidat et propose au MEAE la nomination de l'un d'entre eux. Il revient en dernier lieu au MEAE de désigner le candidat retenu.

M. X, ressortissant italien, a été reçu le 17 juin 2020 à un premier entretien par le conseil scientifique du pôle Égypte-Soudan-Péninsule arabe (ci-après « ESPAR »), qui l'aurait ensuite informé que sa candidature avait été classée première et placée en attente de validation par le conseil d'orientation stratégique.

Toutefois, le 15 juillet 2020, le MEAE a informé M. X que sa candidature était écartée au motif qu'il ne pouvait bénéficier d'un passeport de service essentiel à sa sécurité et à l'accomplissement de ses missions au Soudan, n'étant pas de nationalité française.

Cette condition de nationalité ne figurait pas dans la fiche de poste, et n'aurait été préalablement signalée ni au réclamant ni au conseil scientifique du pôle ESPAR.

Par une lettre adressée au MEAE, les membres du conseil ont demandé le réexamen de la situation administrative de M. X. Le conseil signale que d'autres agents européens auraient été envoyés par le passé dans les zones concernées sans être munis de passeports de service.

En parallèle, le réclamant s'est adressé à l'ambassade de France à Z, à Madame Y, sous-directrice de l'enseignement supérieur et de la recherche, ainsi qu'à Madame W, la médiatrice du MEAE.

Estimant avoir subi un traitement discriminatoire à raison de sa nationalité, M. X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation le 18 septembre 2020.

C'est dans ce contexte que les services du Défenseur des droits ont engagé une instruction auprès du MEAE, qui a transmis les éléments d'information sollicités par des courriers reçus les 18 janvier 2021 et 6 décembre 2021.

ANALYSE

Le cadre juridique

Sur les emplois fermés

Aux termes de l'article 1^{er} 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 :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son appartenance ou de sa non-appartenance [...] à une nation, [...], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés »

L'article 2 de la même loi prévoit une dérogation au principe d'égalité :

« Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière [...] d'accès à l'emploi, d'emploi, [...] ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle.

Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; »

Il résulte de ces dispositions qu'une différence de traitement entre candidats à un emploi de la fonction publique fondée sur leur nationalité peut être admise, à condition qu'elle procède d'une exigence professionnelle essentielle, déterminante et proportionnée à un objectif légitime.

En outre, l'article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que :

« Les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. Toutefois, ils n'ont pas accès aux 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'État ou des autres collectivités publiques. »

Le nouvel article L. 321-2 du Code général de la fonction publique reprend cette disposition en ces termes :

« L'accès aux corps, cadres d'emplois et emplois est ouvert, dans les conditions prévues au présent code, aux ressortissants :
1° D'un État membre de l'Union européenne ;
(...) Toutefois, les intéressés n'ont pas accès aux emplois et ne peuvent en aucun cas se voir conférer des fonctions dont les attributions ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté ou comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques.
Les statuts particuliers précisent, en tant que de besoin, les conditions dans lesquelles un fonctionnaire ne possédant pas la nationalité française peut être nommé dans un

organe consultatif dont les avis ou les propositions s'imposent à l'autorité investie du pouvoir de décision. »

Le droit français a entendu permettre aux ressortissants communautaires d'accéder à certains emplois de la fonction publique dont les fonctions sont détachables de l'exercice de la souveraineté et des prérogatives de puissance publique. Il revient donc à l'autorité de nomination de déterminer quels emplois peuvent être occupés par des ressortissants de l'Union européenne en fonction de ce critère.

Dans un arrêt rendu le 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (C-405/01), la Cour de justice de l'Union européenne a précisé les contours de la notion d'exercice de prérogative de puissance publique. Ainsi :

« le recours à la dérogation à la libre circulation des travailleurs, prévue à l'article 39 CE, paragraphe 4, ne saurait être justifié du seul fait que des prérogatives de puissance publique sont attribuées par le droit national aux titulaires des emplois en cause. Encore faut-il que ces prérogatives soient effectivement exercées de façon habituelle par lesdits titulaires et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités. / La portée de cette dérogation doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État membre concerné, laquelle ne saurait être mise en péril si des prérogatives de puissance publique n'étaient exercées que de façon sporadique, voire exceptionnelle, par des ressortissants d'autres États membres ».

Le Défenseur des droits a pu, dans une affaire antérieure, estimer que le refus de recruter un candidat ressortissant d'un pays membre de l'Union Européenne en tant que directeur d'institut de recherche, alors que sa candidature avait pourtant été retenue dans un premier temps et alors que le poste considéré ne comportait aucune mission attachée à l'exercice de la souveraineté nationale, était constitutif d'une discrimination fondée sur la nationalité.

Le tribunal administratif de Paris a confirmé cette analyse, par un jugement n° 1710322/5-2 rendu le 20 décembre 2018, dont le MEAE n'a pas interjeté appel. Le tribunal a considéré que si l'article 2 du décret n° 69-697 du 18 juin 1969 conditionne le recrutement d'un agent contractuel à l'étranger à la possession de la nationalité française, il résulte des termes mêmes de l'article 1^{er} de ce décret, relatif à son champ d'application, que ces dispositions ne sont applicables qu'aux ressortissants français :

« Les dispositions du présent décret sont applicables aux agents contractuels de nationalité française relevant de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif en service à l'étranger »

Toujours selon le juge administratif, ce décret n'a ni pour objet, ni pour effet de régir la situation de l'ensemble des agents contractuels en poste à l'étranger. Par conséquent, le tribunal a jugé que le MEAE avait commis une erreur de droit en considérant que ce décret faisait obstacle au recrutement d'un ressortissant non français sur un poste de chercheur contractuel à l'étranger.

Le jugement relève notamment que le poste au sein de l'institut de recherche sur le Maghreb contemporain situé en Tunisie, *« n'est pas au nombre des missions attachées à l'exercice de la souveraineté nationale, et [que] les dispositions de l'article 4 de la loi de 1984, postérieures au décret de 1969, sont applicables aux agents en service à l'étranger et autorisent le recrutement d'agents contractuels, sans condition de nationalité, lorsque les besoins du service le justifient ».*

Sur le passeport de service

Le chapitre II du décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports inscrit à l'article 4 dispose que :

« Le passeport est délivré, sans condition d'âge, à tout Français qui en fait la demande. »

Aux termes de l'article 13 du même décret, un passeport de service peut être délivré :

« 1° Aux agents civils et militaires de l'État qui effectuent à l'étranger des missions sur ordre, présentant un intérêt national, pour le compte exclusif d'une administration centrale, et qui ne sont pas titulaires d'un passeport diplomatique ;

2° Aux agents civils et militaires de l'État affectés à l'étranger, attachés à une mission diplomatique permanente ou à un poste consulaire, et qui ne sont pas titulaires d'un passeport diplomatique [...]

Les dispositions du chapitre II du présent décret s'appliquent au passeport de service, sous réserve des dispositions particulières prévues par le présent chapitre. »

L'article 14 précise que :

« La demande de passeport de service est déposée auprès du ministre de l'intérieur.

Elle est accompagnée d'une note circonstanciée établie par l'administration dont relève l'agent justifiant la nécessité de délivrer un passeport de service.

En cas d'affectation à l'étranger de l'intéressé, la décision portant nomination de l'agent est produite à l'appui de la demande »

Il ressort de la lecture de ces textes que le passeport de service est délivré aux agents, de nationalité française exerçant des missions *« présentant un intérêt national, pour le compte exclusif d'une administration centrale »*, ou aux agents *« attachés à une mission diplomatique permanente ou à un poste consulaire »*.

Ces passeports sont donc accordés en fonction de critères relatifs à la nationalité de l'agent, ainsi qu'à la nature des missions qu'il exerce.

Des chercheurs bénéficiaires d'un passeport de service, et d'autres bénéficiaires d'un simple passeport – voire dépourvus de passeport, dans l'hypothèse où ils ont la nationalité du pays concerné – peuvent dès lors exercer ensemble dans certains instituts français de recherche à l'étranger (« IFRE »). Certains directeurs ou directrices d'IFRE détiennent par ailleurs un passeport diplomatique.

Concernant le poste de responsable du CEDEJ, l'article 10 de l'accord de coopération culturelle et technique du 22 décembre 1969 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République démocratique du Soudan applicable au domaine de la recherche prévoit que :

« Les enseignants, experts, instructeurs et autres techniciens français envoyés au Soudan dans le cadre du présent Accord [...] sont placés pendant leur séjour sur le territoire de cet État sous le régime suivant : [...]

Le Gouvernement de la République démocratique du Soudan garantit aux personnels visés [...] pendant la durée de leur mission y compris le temps du voyage, les privilèges et immunités nécessaires pour faciliter l'exercice de leurs fonctions. Ils bénéficient en particulier des immunités et privilèges suivants :

1° Liberté de gagner et de quitter à tout moment le territoire du Soudan [...]

2° Immunité de juridiction pour tout acte, écrit, parole ou omission résultant de l'exercice de leurs fonctions pendant la durée de leur séjour »

Les ressortissants français en poste dans l'institut de recherche français à Z bénéficient donc de privilèges similaires aux facilités accordées aux agents diplomatiques pour l'accomplissement de leur mission ainsi qu'aux immunités de juridictions civiles, pénales et administratives dont ils jouissent en vertu de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

Application au cas d'espèce

Sur la nécessité du passeport de service

Un passeport de service ne pouvant être délivré qu'à un ressortissant français, le MEAE procède nécessairement à une différence de traitement à raison de la nationalité lorsqu'il exige que le titulaire du poste de directeur du CEDEJ à Z soit en possession d'un tel document.

Le MEAE ne conteste nullement que le poste refusé à M. X n'implique effectivement ni participation à l'exercice de la souveraineté nationale, ni l'exercice de prérogatives de puissance publique.

En revanche, dans son courrier du 2 décembre 2021 en réponse à la note récapitulative, le MEAE fait valoir qu'il ne serait pas lié par le classement de candidats proposé par le conseil scientifique et qu'il pourrait par conséquent porter son choix sur un autre candidat que le premier, au regard de considérations liées à l'intérêt du service. Il invoque ainsi « *la situation sécuritaire au Soudan* » et la « *complexité administrative du pays* », des circonstances qui impliqueraient que le directeur de l'antenne du CEDEJ ne puisse exercer ses fonctions sans passeport diplomatique ou de service.

Des raisons liées à une exigence professionnelle essentielle et déterminante proportionnée à un objectif légitime permettent effectivement au Ministère d'établir une différence entre candidats de nationalités différentes à un même poste.

Dans le courrier adressé au MEAE à la suite du refus par ce dernier de recruter M. X, le comité scientifique du pôle ESPAR déclare s'interroger « *sur les critères de sécurité qui, dans un pays donné, nécessitent qu'un chercheur européen recruté par le MEAE ait obligatoirement un passeport de service. Plusieurs collègues européens ont occupé ce genre de poste sans passeport de service dans des pays de la région MENA pas toujours très stables. Concernant le Soudan, Mme C, de nationalité italienne, a elle-même dirigé l'antenne du Soudan dans les années 2006-2009, alors que le pays était classé en zone rouge et qu'il y avait plusieurs régions du pays en guerre* ».

En réponse, le MEAE fait valoir que sa vigilance aux conditions de travail et à la sécurité du personnel des instituts de recherche français à l'étranger s'est accrue depuis 2008 « *face aux atteintes croissantes aux emprises et aux intérêts français à travers le monde* ». Il prend pour exemple des risques encourus par les chercheurs le placement en détention en 2019 de Madame A par les autorités iraniennes.

À la différence des agents diplomatiques, le MEAE souligne que les seules immunités dont peuvent se prévaloir les agents des instituts de recherche à l'étranger découlent des accords bilatéraux entre l'État de résidence et la France.

S'agissant du Soudan, l'accord du 22 décembre 1969 prévoit une immunité de juridiction ainsi que la liberté d'accéder au territoire soudanais et de le quitter.

Néanmoins, d'une part cet accord ne s'applique qu'au personnel de nationalité française, et ne saurait donc permettre à M. X de bénéficier des avantages qu'il octroie au public visé.

D'autre part, le MEAE précise que ces accords sont en pratique « *difficilement invocables, surtout dans un contexte de crises politiques et de déstructuration administrative* ». Selon lui, c'est la délivrance du passeport de service qui permettrait en réalité à l'agent d'exercer sa mission en bénéficiant des privilèges propres à son rattachement à l'État français. Le passeport permettrait « *une meilleure protection face aux risques d'arrestation, de menaces voire d'expulsions qui pèsent sur eux, dans un pays où la liberté académique reste très précaire et où les chercheurs du CEDEJ sont particulièrement exposés, en raison notamment des liens forts que le CEDEJ a tissés avec la société civile au cours de la période prérévolutionnaire et révolutionnaire* ».

Le MEAE ajoute qu'à défaut de passeport, « *un chercheur recruté par le CEDEJ à Z ne serait pas en mesure d'entrer sur le territoire soudanais, et par conséquent d'exercer ses fonctions* », dès lors que la délivrance d'un visa d'entrée et de séjour à des étrangers au Soudan serait « *grandement facilitée* » par la détention d'un tel passeport.

À ce titre, le MEAE fournit la note diplomatique transmise le 13 juillet 2020 par l'ambassadrice de la France au Soudan rejetant le recrutement de M. X en raison de sa nationalité italienne. L'ambassadrice affirme que le titulaire du poste de directeur de l'antenne du CEDEJ, sensible eu égard à ses recherches sur des questions politiques, religieuses et sociétales, « *doit impérativement bénéficier, aux yeux des autorités, de la protection conférée par la possession d'un passeport officiel* ». Au-delà des enjeux sécuritaires, l'absence de passeport entraverait selon elle largement les déplacements de l'agent, qui ne pourrait être conduit dans des voitures à plaques diplomatiques alors que de nombreux check-points sont dressés sur les routes du Soudan, qui est classé pour une part en zone formellement déconseillée, et pour une autre en zone déconseillée sauf raisons impératives.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le recrutement du directeur de l'antenne du CEDEJ à Z pouvait tenir compte du contexte de transition politique au Soudan, caractérisé par un risque sécuritaire important à l'été 2020, au moment où est survenue la décision litigieuse.

Si les difficultés d'obtention d'un visa en l'absence de passeport de service n'ont pas été utilement démontrées, il apparaît néanmoins que l'exercice des fonctions du directeur de l'antenne du CEDEJ implique des déplacements sur le territoire soudanais que les circonstances locales ne permettraient pas de réaliser en l'absence d'un tel passeport.

Ainsi, le MEAE a pu estimer, eu égard aux risques pour la sécurité du titulaire du poste et aux exigences de sa mission, que la détention d'un passeport de service constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante proportionnée à des objectifs légitimes de sécurité de l'agent et de bon fonctionnement du service.

Cependant, en exigeant un passeport de service, le MEAE impose une restriction supplémentaire aux exigences établies par la jurisprudence européenne et les dispositions nationales qui précisent que seule la nature des fonctions relevant des missions de

prérogatives de puissance publique est propre à justifier une discrimination en raison de la nationalité.

Cette exigence a un impact important sur la carrière des chercheurs étrangers souhaitant être recrutés par la France, qui se voient privés de l'opportunité d'évoluer au sein d'IFRE dans un certain nombre d'États où la situation sécuritaire actuelle ou future pourrait exiger la détention d'un passeport de service.

Eu égard à leur caractère potentiellement discriminatoire, ces décisions restrictives dérogatoires établies au cas par cas, mériteraient d'être prévues en amont afin de garantir la sécurité juridique aux agents publics.

Dans le but de garantir cet accès à l'emploi exempt de discrimination, il paraît souhaitable d'envisager l'opportunité d'une modification réglementaire relative aux modalités d'octroi d'un passeport de service aux ressortissants communautaires, afin de prévoir des modalités exceptionnelles permettant de délivrer un passeport de service aux agents ressortissants des États membres de l'Union européenne lorsque des raisons de sécurité liées à la localisation de leur poste l'exigent.

Sur la publicité de la condition de nationalité

L'offre d'emploi en cause n'a par ailleurs été accompagnée d'aucune précision relative à la nécessité d'un passeport de service. Il est ainsi impossible de savoir quels postes sont soumis à cette obligation qui ne s'applique pas à l'ensemble du réseau des centres culturels.

Le MEAE indique disposer d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de porter son choix sur un autre candidat que celui sélectionné par le CNRS au regard de considérations liées à l'intérêt du service. Il ajoute qu'en ne « *mentionnant pas l'exigence de passeport officiel sur les fiches de poste, l'administration se réserve une marge d'appréciation des risques, que peut faire naître à tout moment une crise politique, sociale ou sanitaire sur le territoire concerné* ».

Or s'agissant du Soudan, le MEAE avait connaissance d'un climat politique et sécuritaire instable antérieur à la publicité de vacance d'un poste ; il était donc en mesure d'anticiper les candidatures de chercheurs dans l'incapacité de se voir délivrer un passeport de service à défaut de nationalité française.

Lorsqu'il considère que l'emploi implique la détention d'un passeport sanitaire, condition qui impose indirectement que le candidat soit de nationalité française, il revient au MEAE de préciser ce critère dès la publication du poste afin de permettre aux candidats d'en être informés et de saisir, le cas échéant, le juge administratif, à qui il revient de s'assurer de la stricte nécessité de la restriction et de sa proportionnalité à l'objectif de protection de la sécurité des agents.

Cette mention n'exclut pas, en cas de détérioration brutale et exceptionnelle de la situation sécuritaire, une adaptation de la procédure.

Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits considère que le caractère discriminatoire du comportement du MEAE à l'égard de Monsieur X ne peut être établi.

Néanmoins, la Défenseure des droits recommande au MEAE d'adresser une note à ses services rappelant le cadre juridique applicable en matière de recrutement du personnel aux postes relevant des instituts français de recherche à l'étranger. Lorsqu'il entend imposer au détenteur du poste une condition de nationalité, le MEAE doit dans la mesure du possible faire figurer cette information dans la fiche de poste, afin que ce critère de sélection soit connu, et puisse faire l'objet d'un contrôle de légalité.

Elle recommande également au MEAE d'envisager une modification réglementaire afin de permettre la délivrance exceptionnelle d'un passeport de service aux agents ressortissants des États membres de l'Union européenne pour des raisons de sécurité liées à la localisation de leur poste.

La Défenseure des droits demande à être informée des suites réservées à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON