

Délibération n°2008-189 du 15 septembre 2008

Nationalité- Emploi- Emploi privé – Recommandation

La haute autorité s'est saisie d'office d'une offre d'emploi subordonnant l'accès à un poste de conducteur-receveur de bus à une condition de nationalité française. L'employeur justifie sa pratique en invoquant que les conducteurs-receveurs peuvent être amenés dans le cadre de la polyvalence des fonctions à exercer la fonction d'agents vérificateur de titres de transports ce qui, selon lui, requiert d'avoir la nationalité française. Selon l'entreprise, le fait d'être assermenté à dresser des PV pour absence de titre de transport et/ou pour des infractions au stationnement justifie d'avoir la nationalité française. En l'espèce, il n'existe aucun texte exigeant la condition de nationalité française pour exercer ces fonctions. Dans l'hypothèse où une réglementation prévoirait cette condition, celle-ci serait considérée comme incompatible avec l'article 39 paragraphe 4 de Traité CE qui n'autorise les Etats à procéder à des discriminations fondées sur la nationalité que pour les emplois « dans l'administration publique »

Le Collège :

Vu l'article 39 du Traité CE,

Vu l'article L. 1132-1 du code du travail (anciennement L. 122-45)

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité s'est saisie d'office le 1^{er} janvier 2007 de l'examen d'une offre d'emploi relative au poste de conducteur/receveur (H/F), émanant de la Société P., dont les conditions exigent d'avoir la nationalité européenne.

Cette Société gère les transports urbains d'une métropole (bus, tramway, métro).

Il ressort des éléments communiqués par le Directeur Général de l'ANPE, dans son courrier du 5 avril 2007, que dans le cadre de l'examen de l'offre litigieuse réalisée par l'ANPE, la nationalité française est systématiquement exigée par l'entreprise P. T pour ce type de poste. La responsable du recrutement et formation de l'entreprise aurait indiqué à l'ANPE que « l'exigence de nationalité européenne relative à l'offre était une « erreur » de l'ANPE, confirmant par là même que son entreprise exige pour les postes de conducteur/receveur la nationalité française ».

Selon cette responsable, l'exigence de la nationalité française est justifiée par le fait que l'entreprise souhaite recruter des personnes qui pourront indifféremment occuper les postes de

conducteurs/receveurs ou de contrôleurs des titres de transport. Or, l'emploi de contrôleur serait subordonné à l'obtention de l'agrément par la préfecture et de l'assermentation par le procureur de la République, laquelle serait soumise à l'exigence de la nationalité française.

L'entreprise fait valoir que les tâches attribuées aux contrôleurs de titres de transport comportent la participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique, laquelle exige d'avoir la nationalité française.

Dans une note adressée à l'ANPE, l'entreprise P. souligne que l'entreprise est délégataire d'un service public, ce qui justifierait le recrutement exclusivement de nationaux en raison d'une participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique conformément à l'article 5 bis de la loi du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

Interrogé par la haute autorité, le Directeur des Ressources Humaines (DRH) confirme les éléments de réponse donnés par sa responsable de recrutement.

Selon le DRH, ces attributions se fondent sur l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer modifiée par la loi du 2 janvier 1990, sur l'article 3 de l'ordonnance du 5 mai 1945 relative aux infractions à la police des services de transport public de voyageurs ainsi que sur l'article 529-4 du code de procédure pénale relatif aux dispositions applicables à certaines infractions à la police des services publics de transports terrestres.

Il ajoute que certains agents vérificateurs et conducteurs de bus, *« peuvent également être assermentés aux fins de verbaliser sur le fondement des articles L130-4 du code de la route, les infractions au stationnement des véhicules qui affectent dans les agglomérations, la circulation, l'arrêt et le stationnement des véhicules des services publics urbains de transports en commun de voyageurs »*.

La haute autorité a sollicité la Préfecture en charge des agréments, afin d'obtenir des précisions. Dans sa réponse, le Préfet indique que chaque agent employé au poste de vérificateur de titres de transport doit au préalable obtenir l'agrément de ses services et l'assermentation du Parquet dont il dépend.

Toutefois, il précise que *« l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845, étendu par la loi du 19 juin 1979 aux transports publics d'intérêt local, ne définit pas les conditions de nationalité à remplir pour la délivrance de l'agrément préfectoral »*.

Il poursuit en indiquant que l'information de *« l'exigence de nationalité française s'était fondée sur l'analogie avec les exigences de certaines professions réglementées où la détention de la nationalité demeure nécessaire »*.

Selon lui, *« le fait que ces agents soient habilités à effectuer certains actes de police judiciaire dans leur fonction, exerçant ainsi une prérogative de puissance publique de l'Etat, avait amené ses services à mentionner la détention de la nationalité française comme condition d'agrément »*.

Afin d'avoir des éléments complémentaires, la haute autorité a interrogé la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) qui a officiellement supprimé la condition de nationalité française dans ses statuts depuis décembre 2002.

Les éléments et documents de réponse adressés par le service juridique de la RATP confirment l'absence de condition de nationalité à l'embauche et mettent en évidence que plusieurs contrôleurs ne possédant pas la nationalité française (un ressortissant d'un Etat tiers à l'UE et 4 ressortissants communautaires) ont été assermentés au titre de l'article 23 de la loi de 1845 précitée.

Discussion

L'article L. 1132-1 du code du travail (L.122-45 au moment des faits) prévoit qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement notamment à raison de la nationalité.

Une discrimination directe ne peut en soi être justifiée. L'interdiction de discriminer ne connaît que des dérogations exceptionnelles, précisément identifiées par le législateur.

En l'espèce, il n'existe aucune réglementation réservant l'accès aux emplois du secteur des transports publics aux seuls nationaux, ni aucun article dans le code de procédure pénale soumettant l'assermentation et l'agrément des contrôleurs de titre de transport à une condition de nationalité française.

L'exigence de nationalité imposée par la société P. pour accéder aux emplois de conducteurs de bus et d'agents vérificateurs, paraît donc discriminatoire.

Quand bien même il existerait une base légale réservant les activités de ce secteur aux seuls nationaux, il semble qu'elle ne serait pas compatible avec l'article 39 paragraphe 4 du traité CE qui autorise les Etats membres à procéder à une discrimination fondée sur la nationalité pour ce qui est des emplois « dans l'administration publique ». La CJCE a précisé le champ d'application de cette disposition à travers sa jurisprudence.

Dans l'arrêt du 2 juillet 1996, Commission c/Grèce (C-290/94), (dans le même sens cf, Commission c/Grand-Duché de Luxembourg (C-473/93), même date), la Cour a jugé qu'une condition de nationalité générale, applicable à tous les emplois (entre autres) dans le secteur des chemins de fer, des transports publics urbains et régionaux, n'était pas couverte par la dérogation de l'article 48, paragraphe 4, du Traité (équivalent article 39, paragraphe 4, CE). Il convient de préciser que dans ces affaires, la condition de nationalité découlait systématiquement d'une loi.

La Cour a motivé sa décision en indiquant que ces emplois sont généralement « *éloignés des activités spécifiques de l'administration publique* ».

Sur l'interprétation de la notion d'emploi dans l'administration publique selon la jurisprudence de la CJCE

Selon la jurisprudence de la Cour, la notion d'emploi « dans l'administration publique » au sens de l'article 39 CE, paragraphe 4, doit recevoir une interprétation et une application uniformes dans l'ensemble de la Communauté et ne saurait dès lors être laissée à la totale discrétion des États membres.

Parmi ces emplois figurent, selon une jurisprudence constante ceux 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'État ou des autres collectivités publiques, et supposent ainsi, de la part de leurs titulaires, 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 nationalité* » (arrêts Commission/Belgique, précité, point 10, et du 2 juillet 1996, Commission/Grèce, C-290/94, Rec. p. I-3285, point 2).

A travers sa jurisprudence, la CJCE s'est détachée ainsi de l'approche institutionnelle des Etats membres axée sur le fait que l'emploi considéré relève d'une administration publique au sens institutionnel et organisationnel.

Dans son arrêt du 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola (C-405/01), la Cour précise que « *la circonstance que les capitaines de navire sont employés par une personne physique ou morale de droit privé n'est pas, en tant que telle, de nature à écarter l'applicabilité de l'article 39 CE, paragraphe 4, dès lors qu'il est établi que, pour l'accomplissement des missions publiques qui leur sont dévolues, les capitaines agissent en qualité de représentants de la puissance publique, au service des intérêts généraux de l'État du pavillon* ».

Toutefois, elle souligne que « *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* ».

Sur les arguments soulevés par la société P. dans la présente affaire

En l'espèce, les arguments développés par la société P. ne paraissent pas justifiés. Cela est particulièrement vrai s'agissant des emplois de conducteur de bus qui n'impliquent aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique.

Aucune condition de nationalité française ne peut être exigée de manière générale par la société P. et ce même dans l'hypothèse où les conducteurs seraient amenés, occasionnellement en fonction des besoins de l'entreprise, à exercer l'emploi d'agents vérificateurs de perception assermentés.

Dans ses conclusions relatives à l'affaire Commission c/Italie du 2 juillet 1996 portant sur une réglementation italienne imposant aux gardes de sécurité privée d'être de nationalité italienne, l'avocat général M. Francis Jacob a procédé à un examen minutieux des arguments relatifs à la procédure d'assermentation.

Le gouvernement italien justifiait l'applicabilité de l'article 39, paragraphe 4 aux emplois de gardes de sécurité privée notamment au motif qu'ils prêtent un serment devant le Questore (Préfet de Police) qu'ils exercent selon la Cour suprême de Cassation des fonctions de police judiciaire et qu'ils sont habilités à dresser des procès-verbaux ayant valeur de preuve.

Dans ses conclusions, l'avocat général souligne que la possibilité pour le « Qestore » de donner des instructions aux gardes particuliers assermentés ne signifie pas qu'ils participent à l'exercice de l'autorité publique en exécutant ces instructions.

En l'espèce, il apparaît que, contrairement à ce que la société P. soutient, le fait d'être assermenté pour verbaliser les contraventions aux infractions à la police des services publics des transports, ne semble pas établir que l'emploi d'agent vérificateur constitue un emploi « dans l'administration publique ».

Le fait d'être habilité à relever l'identité du contrevenant en cas de non paiement immédiat de la somme due au titre du transport signifie que l'agent vérificateur peut exiger de lui qu'il présente un document établissant son identité afin de relever les mentions pour établir le procès-verbal des contraventions qu'il est habilité à verbaliser. Il ne s'agit en aucun cas d'un acte de police judiciaire. En effet, en cas de refus du contrevenant de révéler son identité, l'agent vérificateur ne peut retenir le contrevenant. Il doit en rendre compte immédiatement à un officier de police judiciaire. Cette activité n'implique pas que les agents soient investis d'un pouvoir de contrainte.

Les procès-verbaux que le contrôleur est habilité à dresser n'ont qu'une valeur relative, et le sont essentiellement dans l'intérêt économique de l'entreprise (amélioration des recettes).

Quant à la compétence attribuée à certains agents de la société P. en vertu des articles L 130-4 et R. 130-4 du code de la route, elle paraît pouvoir être considérée comme une activité relevant de la puissance publique au service des intérêts généraux de l'Etat et des collectivités publiques (sauvegarde la sécurité et la circulation routières). Toutefois, ces prérogatives ne semblent pas suffire à elles seules, pour que cette activité soit automatiquement qualifiée « d'administrative ».

Encore faut-il que l'existence de telles prérogatives joue un rôle en pratique ou soit véritablement justifiées et absolument nécessaires à la sauvegarde des intérêts de l'Etat.

Dans le cas contraire, il y aurait un risque d'exclusion des travailleurs de divers domaines d'activités, résultat qui ne semble pas compatible avec l'application nécessairement stricte et uniforme de la dérogation relative aux emplois dans l'administration publique.

Or, l'activité principale des conducteurs de bus est de transporter les voyageurs, celle des agents vérificateurs de perception, comme leur intitulé de poste l'indique, est de contrôler les titres de transport.

Par ailleurs, à la lecture de l'article L 130-4 du code de la route, la compétence relative à la verbalisation des infractions au stationnement n'est accordée aux agents publics des transports qu'à titre subsidiaire « *sans préjudice de la compétence générale des officiers et agents de police judiciaire* ».

L'article 39, paragraphe 4, CE constitue une dérogation au principe de la libre circulation et de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité des travailleurs entre les Etats membres. Sa portée doit être limitée à ce qui est absolument nécessaire à la sauvegarde des intérêts de l'Etat ou des collectivités publiques.

Il apparaît ici, que la sauvegarde des intérêts de l'Etat ou des collectivités publiques en matière de sécurité et de circulation routières est déjà largement préservée par les fonctionnaires de police compétents en la matière.

Ainsi même dans l'hypothèse, où une loi prévoirait d'imposer une condition de nationalité française aux emplois de vérificateurs de titres de transport concernant les infractions au code de la route, celle-ci serait illicite puisque n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 39, paragraphe 4, CE.

Compte tenu de ce qui précède, le Collège considère que la pratique de recrutement de la société P. consistant à subordonner l'accès aux emplois de conducteur-receveur et d'agent vérificateur à une condition de nationalité constitue une discrimination interdite par la loi et les engagements internationaux.

Le Collège de la haute autorité recommande à la Société P. ainsi qu'au groupe Q. auquel elle appartient d'ouvrir les emplois en cause à toute personne quelle que soit sa nationalité.

La haute autorité recommande au Préfet et au Procureur de la République de mettre leur pratique en conformité avec la délibération de la haute autorité.

Le Collège décide d'en informer le Syndicat Mixte d'exploitation des Transports, la Métropole Communauté Urbaine et le Conseil Général ainsi que toutes les entreprises intervenant dans le secteur des transports publics de voyageurs.

Le Collège décide d'adresser copie de la présente délibération au garde des Sceaux, au ministre de l'Intérieur et au ministre des Transports.

Le Président

Louis SCHWEITZER