



13^{ème} législature

Question N° : 79703	de M. Goldberg Daniel (Socialiste, radical, citoyen et divers gauche - Seine-Saint-Denis)	Question écrite
--------------------------------	--	----------------------------

Ministère interrogé > Travail, solidarité et fonction publique	Ministère attributaire > Travail, solidarité et fonction publique
--	---

Rubrique > fonctionnaires et agents publics	Tête d'analyse > recrutement	Analyse > ressortissants de l'Union européenne. réglementation
---	--	--

Question publiée au JO le : **01/06/2010** page : **6015**
 Réponse publiée au JO le : **17/08/2010** page : **9194**

Texte de la question

M. Daniel Goldberg appelle l'attention de M. le ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique sur les emplois soumis à la condition de nationalité. L'article 45 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, ex-article 39 CE) abolit "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". L'article 5 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 vient préciser que les emplois publics "dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques" sont ouverts aux ressortissants des autres États membres de l'Union européenne. Aussi il lui demande de bien vouloir lui préciser les emplois encore soumis à la condition de nationalité.

Texte de la réponse

Le ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique a pris connaissance avec intérêt de la question relative aux emplois soumis à la condition de nationalité. Conformément à l'article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « 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. » Ces dispositions transposent, pour la fonction publique française, les restrictions à l'accès aux emplois dans l'administration publique prévues par l'article 45-4 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 39-4 du traité CE) et par la jurisprudence communautaire. L'article susmentionné dispose que la libre circulation des travailleurs, assurée à l'intérieur de l'Union, n'est pas applicable aux emplois dans l'administration publique. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE devenue aujourd'hui CJUE) a eu l'occasion à de nombreuses reprises d'interpréter de manière restrictive cette dérogation en indiquant que seul l'accès aux postes impliquant l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux de l'État peut être limité (CJCE, 17 décembre 1980, affaire C-149/79). La CJCE a précisé qu'un emploi ne peut être fermé aux ressortissants communautaires qu'à la condition que les prérogatives de puissance publique liées à cet emploi soient effectivement exercées de façon habituelle et ne représentent pas une part très réduite des activités (CJCE, 30 septembre 2003, affaires C-405/01 et C-47/02). En conséquence, aucune liste préétablie ne définit les emplois dits de souveraineté et fermés aux ressortissants communautaires. Il appartient à l'administration de déterminer, au cas par cas, en raison de la nature des fonctions et des responsabilités induites par le poste concerné, si ce dernier peut être ouvert ou non à un ressortissant communautaire. Il est recommandé aux employeurs, au-delà des attributions théoriques du titulaire de l'emploi, d'apprécier la réalité des activités qu'il sera conduit à exercer. Dans son avis du 31 janvier 2002, le Conseil d'État a indiqué que la notion de participation à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État concerne l'exercice de fonctions qualifiées de régaliennes (à savoir les secteurs du budget, de la défense, de l'intérieur, de la justice, de la police, des affaires étrangères, de l'économie et des finances) ou la participation à titre

principal au sein d'une personne publique à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, ou encore à l'exercice d'une tutelle. Le Conseil d'État a également défini un faisceau d'indices permettant de nourrir l'analyse conduisant à ouvrir ou fermer un emploi aux ressortissants communautaires. Il renvoie ainsi à des caractéristiques telles que la prestation de serment, l'interdiction du droit de grève, l'accès à des documents confidentiels, le positionnement hiérarchique ou encore le conseil au Gouvernement.