

Délibération n° 2009-139 du 30 mars 2009

Le Collège,

Vu le Traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 39,

Vu la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée,

Vu la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres,

Vu la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles,

Vu la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique,

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 la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique,

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 :

Les restrictions à l'accès à l'emploi pour les étrangers se situent à deux niveaux : la condition de détention d'un diplôme français ou délivré par un Etat membre de l'Union européenne, et la condition de nationalité.

S'agissant de la condition de diplôme exigée des étrangers, pour accéder à certaines professions, elle ne doit pas être remise en question dans son principe. En effet, le Collège de la haute autorité considère que l'obligation d'être titulaire d'un diplôme délivré en France, dans un Etat-membre de l'Union européenne, ou d'une équivalence, est objectivement justifiée et qu'elle constitue une garantie du niveau de formation.

La condition initiale de détention d'un diplôme français a été étendue pour inclure les diplômes délivrés dans les Etats membres en application de directives européennes depuis les années soixante-dix. Ces directives, qui ont été fondues dans la directive 2005/36/CE du parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, ont établi des socles communs de formation, condition nécessaire à la reconnaissance mutuelle des diplômes entre Etats-membres.

Une telle harmonisation des formations n'existe pas avec les Etats-tiers à l'Union. Ainsi, le Collège estime justifiée l'existence de procédures d'évaluation des connaissances pour les professionnels détenteurs de diplômes délivrés hors de l'Union européenne, en l'absence de convention bilatérale. Au demeurant, comme le Collège l'a précédemment relevé dans une délibération n° 2005-36 du 27 février 2005, ces procédures doivent effectivement permettre l'accès à la profession, notamment en prenant en considération l'expérience professionnelle en France, afin de ne pas avoir un effet discriminatoire. A cet égard, le décret n° 2007-196 du 13 février 2007 relatif aux équivalences de diplômes requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique va dans ce sens puisqu'il prévoit des procédures d'examen, par des commissions, des diplômes délivrés hors de l'Union et des compétences acquises.

En revanche, la condition de nationalité ne bénéficie pas de la même légitimité.

Selon le Rapport du Groupe d'étude sur les discriminations (GED) de mars 2000, environ 30 % de l'ensemble des emplois sont interdits partiellement ou totalement aux étrangers, ce qui représente près de 7 millions d'emplois. La condition de nationalité pour l'accès à l'emploi touche aussi bien le secteur public que privé. Il convient de noter cependant que les emplois fermés se trouvent majoritairement dans le secteur public (le nombre estimé est de 5,2 millions d'emplois). En effet, les postes d'agents titulaires bénéficiant des garanties statutaires sont inaccessibles aux étrangers non communautaires dans les trois fonctions publiques (État, hospitalière et territoriale).

En application du droit communautaire, la loi du 26 juillet 1991¹ a ouvert aux ressortissants communautaires uniquement, la possibilité d'accéder aux *«corps, cadres et emplois dont les attributions sont soit séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à des prérogatives de puissance publique»*.

Toutefois les étrangers extracommunautaires sont dans l'impossibilité d'accéder aux emplois statutaires de la fonction publique. Seuls les emplois de non titulaires leur sont ouverts, sous forme de contrats ou de vacations.

Selon le rapport du GED précité, plusieurs fonctions dans les hôpitaux publics ont été ouvertes aux étrangers extracommunautaires soit pour pallier le manque de main d'œuvre (médecins hospitaliers en vertu de la loi du 3 novembre 1976, dentistes des hôpitaux en application de la loi du 23 décembre 1980), soit pour attirer des talents étrangers. Les étrangers non communautaires font donc partie des effectifs et sont recrutés pour effectuer les mêmes tâches que des fonctionnaires, mais sous des statuts précaires qui ne leur permettent pas d'espérer une évolution de leur carrière.

¹ Loi n°91-175, ajoutant un article 5 bis à la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ce dispositif a été complété par les articles 10 et 11 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

Il existe néanmoins une exception notable à cette interdiction en ce qui concerne l'enseignement supérieur. Depuis les lois du 15 juillet 1982 et 26 janvier 1984, les emplois d'enseignants-chercheurs sont ouverts sans condition de nationalité (article L 952-6 du code de l'éducation nationale), selon les modalités prévues par le décret n° 84-431 du 6 juin 1984.

S'agissant de la majorité des entreprises assurant la gestion d'un service public, les étrangers extracommunautaires ne peuvent pas davantage accéder aux emplois permanents statutaires de ces entreprises. Elles représentent plus d'un million d'emplois. Certaines d'entre elles (EDF-GDF...) ainsi que des établissements publics ou assimilés (BANQUE DE FRANCE...) maintiennent également la condition de nationalité, pour l'accès à leurs emplois statutaires.

Seuls les emplois non statutaires sont ouverts aux extracommunautaires sous la forme de contrats. Toutefois des avancées sont intervenues, et par exemple, la RATP a ouvert ses 45 000 emplois, sans condition de nationalité depuis décembre 2002. Par ailleurs, par une circulaire du 22 octobre 2001, la condition de nationalité pour les postes de la Sécurité sociale a été abrogée. Ainsi, aucun emploi dans un organisme de sécurité sociale ne nécessite de posséder la nationalité française.

Enfin, concernant le personnel de CHRONOPOST et de LA POSTE², ses dirigeants indiquent que « *plus aucun recrutement sur concours n'étant envisagé et en conséquence il n'y aurait plus d'obstacle légal à l'embauche d'étrangers* ».

Concernant les emplois relevant du secteur privé, le rapport remis en novembre 1999 au ministre de l'emploi et de la solidarité, par le cabinet Bernard Brunhes Consultants, souligne que « *plus de 50 professions voient aujourd'hui leur accès soit fermé, soit restreint aux étrangers et ce à des niveaux très divers* »³, en raison de la condition de nationalité.

Selon ce même rapport, 17 professions sont soumises à une stricte condition de nationalité française. Il en est ainsi notamment des huissiers de justice, des notaires, du personnel navigant professionnel comprenant les pilotes d'avion, des métiers de la communication comme les directeurs de publications de presse, ou des concessionnaires de services publics.

D'autres professions (au nombre de 35) seraient, quand à elles, soumises à une condition de nationalité communautaire, comme par exemple, les vétérinaires, les directeurs de salles de spectacles, les débitants de tabac ou les dirigeants de régies, entreprises, associations ou établissements des services extérieurs des pompes funèbres.

Sauf convention bilatérale particulière, sont également soumises à une condition de nationalité soit communautaire, soit d'un pays lié avec la France par une convention de réciprocité, les professions essentiellement exercées à titre libéral. Parmi celles-ci, on trouve la plupart des emplois relevant d'un Ordre professionnel dont notamment, les

² Selon les déclarations des représentants de La Poste qui ont été auditionnés par le groupe de travail « emplois fermés » du comité consultatif de la HALDE

³ liste 1 à l'annexe 2 du rapport Brunhes

avocats⁴, médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes⁵, experts-comptables⁶, architectes⁷, pharmaciens, et géomètres experts⁸. A côté des professions libérales, on trouve d'autres professions relevant du secteur privé, tels les débitants de boissons, mais aussi les dirigeants d'entreprises de surveillance, de transport de fonds, de protection des personnes, ou de gardiennage.

Depuis 1999, des évolutions semblent être intervenues, par exemple concernant la profession de capitaine de navire pour laquelle il n'est plus exigé la nationalité française.

Par délibération du 10 avril 2006, le Collège a saisi le Comité consultatif de la HALDE d'une demande d'avis sur l'évolution de la situation des emplois fermés aux étrangers.

Dans son avis rendu le 1^{er} décembre 2008, le Comité consultatif souligne que *« la fermeture de millions d'emplois aux ressortissants des pays tiers et les discriminations à l'embauche que cela engendre pour des centaines de milliers d'autres emplois explique en grande partie pourquoi les statistiques de l'INSEE nous signalent que les étrangers non européens sont, en France, deux fois plus victimes du chômage et de l'emploi précaire que les Français et les ressortissants européens. Ceci a pour conséquence un taux de chômage et de précarité très élevé dans les quartiers populaires, où sont concentrés la majeure partie des étrangers non européens. »*

Le Comité consultatif souhaite que soit supprimée toute distinction entre les travailleurs qu'ils appartiennent ou non à l'Union européenne.

Conformément à l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne, la liberté de circulation 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. Au-delà de la liberté de circulation des travailleurs, le droit communautaire garantit ainsi une égalité d'accès à l'emploi entre les nationaux et les ressortissants communautaires.

Dans le secteur public, l'égalité d'accès à l'emploi entre nationaux et ressortissants des États membres devient la règle, à l'exception des emplois liés à la souveraineté nationale ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique aux nationaux.

Selon la Cour de justice des communautés européennes, l'exception au principe d'égalité d'accès à l'emploi entre nationaux et ressortissants communautaires est d'interprétation stricte, il n'y a pas lieu de distinguer entre secteur public et secteur privé, et il faut s'attacher à la nature de l'emploi.

Si le droit communautaire permet aux États membres de réserver à leurs nationaux les emplois liés à la souveraineté nationale ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique, le Collège relève néanmoins que le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les États membres reconnaissent aux extracommunautaires, le droit à un égal accès à l'emploi, sur leur territoire.

⁴ art. 11 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

⁵ art. L. 4111-1, L. 4132-1, L. 4131-5, L. 4141-4, L. 4151-6, L. 4221-1, L. 4221-10 du code de la santé publique

⁶ art. 3 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945

⁷ art. 10 et 11 de la loi n°77-2 du 3 janvier 1977

⁸ art. 3 de la loi n°46-942 du 7 mai 1946

Par ailleurs, le Collège observe que, depuis le traité d'Amsterdam, les questions d'asile et d'immigration sont de la compétence des institutions européennes et ne relèvent plus seulement d'une coopération entre Etats membres. Ainsi, le Conseil a étendu l'égalité de traitement dans l'emploi dont jouissent les ressortissants communautaires, aux membres de leur famille ressortissants des Etats tiers, par la directive 2004/38 du 29 avril 2004 (articles 23 et 24).

Le droit communautaire prévoit également d'accorder le droit à l'égalité dans l'accès à l'emploi aux résidents extra-communautaires de longue durée. Toutefois, les Etats membres conservent une marge de manœuvre en la matière et peuvent ainsi déroger à ce principe dans les conditions prévues par la directive visée ci-dessous.

En effet, la directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 confère ce droit aux ressortissants des pays tiers résidents de longue durée, définis comme des personnes résidant de manière légale et ininterrompue sur le territoire d'un Etat membre depuis cinq ans (article 11).

Toutefois, cette directive donne la faculté aux Etats membres de « *maintenir des restrictions à l'accès à l'emploi ou à des activités non salariées lorsque, conformément à [leur] législation nationale ou au droit communautaire en vigueur, ces activités sont réservées à ses ressortissants nationaux, aux citoyens de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen* » (article 11-3 sous a).

L'Etat français a intégré au code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile les dispositions harmonisant le statut de résident de longue durée, mais il n'a pas transposé le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et résidents ressortissants d'Etat tiers dans l'accès à l'emploi. Le Collège constate toutefois que, malgré l'expiration du délai de transposition de ces deux directives, en 2006, le principe d'égalité d'accès à l'emploi n'a pas été transposé en droit interne concernant les membres de la famille et les résidents de longue durée.

Il convient alors de s'interroger sur les justifications du maintien des conditions de nationalité dans l'accès à de nombreux emplois et professions.

Tout d'abord, il n'y a pas lieu de remettre en cause la réserve aux nationaux des emplois, du secteur public comme du secteur privé, impliquant l'exercice de la souveraineté nationale ou de prérogatives de puissance publique.

Ensuite, concernant les autres emplois, les justifications historiques apparaissent aujourd'hui inappropriées.

Le rapport du Groupe d'Etude des Discriminations de mars 2000 souligne que les conditions de nationalité ont été introduites depuis la fin du XIX^{ème} siècle, par « sédimentation » progressive des règles applicables, en période de crise économique et de montée de la xénophobie. Cependant, « *l'univers professionnel dans lequel évoluent les enfants d'étrangers est d'emblée limité par les restrictions qui frappent leurs parents. Or chacun sait que la référence aux professions des parents joue comme un sas ou comme un frein à l'élaboration des choix professionnels. En effet, les enfants d'étrangers intériorisent les restrictions qui frappent leurs parents et limitent ainsi leur champ des*

possibles. (...) Aujourd'hui, toute une série de carrières leur sont symboliquement fermées et au moment où les pouvoirs publics s'interrogent sur les moyens à mettre en œuvre pour encourager l'accès aux fonctions publiques des jeunes français nés de parents étrangers, les effets des restrictions légales ne sauraient être ignorés. » (Rapport du GED, mars 2000, p 18).

Dès lors que des emplois sont ouverts aux ressortissants communautaires, les différentes justifications au soutien du maintien de la condition de nationalité perdent de leur force.

En particulier, lorsque des ressortissants d'Etats tiers sont employés dans les mêmes fonctions que des ressortissants communautaires (mais sous des statuts précaires - vacations, sous-traitance), la condition de nationalité devient sans fondement.

Par conséquent, au regard de la perte de légitimité de la condition de nationalité dans l'accès à l'emploi et de la nécessité de transposer les directives communautaires 2004/38 du 29 avril 2004 et 2003/109/CE du 25 novembre 2003, le Collège recommande au Gouvernement de supprimer les conditions de nationalité pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics et aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Concernant le secteur privé, une réactualisation de la liste des emplois fermés est nécessaire. Cette démarche apparaît également utile s'agissant des emplois dans les établissements et entreprises publics. Par conséquent, le Collège recommande au Premier ministre de faire procéder à un recensement de l'ensemble des emplois fermés en France.

Le Collège examinera au cas par cas les justifications apportées, dans l'hypothèse du maintien de conditions de nationalité pour certains emplois.

Le Président

Louis SCHWEITZER