CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ présentées le 22 octobre 1991 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A — Introduction

1. La demande de décision préjudicielle présentée par le tribunal administratif de Paris pose la question de la qualification en droit communautaire de la position juridique afférente à l'emploi de professeur certifié de l'enseignement secondaire des établissements publics français. Pour autant qu'un tel enseignant soit considéré comme travailleur au sens de l'article 48 du traité CEE, il y aurait lieu de considérer si l'emploi précité constitue un emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE, de sorte qu'il ne tomberait pas sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 48, paragraphe 2, du traité CEE.

2. L'article 5 de la loi française n° 83-634, du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires [1], dispose, dans sa version originaire, que:

« Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire:

1) — s'il ne possède pas la nationalité française. »

3. L'accès aux emplois destinés à être exercés par des fonctionnaires est donc, par là même, interdit aux ressortissants des autres États, y compris des États membres des Communautés européennes.

4. La requérante au principal est une ressortissante allemande titulaire d'un diplôme d'études français. Sa demande d'inscription au concours externe du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement du second degré, option allemand, a été écartée en raison de la nationalité de la candidate. Dans le cadre du recours juridictionnel intenté par la requérante à l'encontre de la décision de rejet, le tribunal administratif de Paris a déféré à la Cour une demande de décision préjudicielle.

5. Pour ce qui est du détail des faits de la cause, du cadre juridique ainsi que des moyens et arguments des participants à la procédure, nous renvoyons au rapport d'audience.

B — Observations

6. Le fait qu'un emploi relève, de par ses modalités, du statut de la fonction publique se traduit, sous l'empire des dispositions

* Langue originale: l'allemand.

1 — Statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales (JORF du 14. 7. 1983, p. 2174).

statutaires applicables dans les États membres, par des restrictions d'accès dans le chef des ressortissants d'autres États membres. C'est pourquoi la Cour a, de façon itérative, statué en ce sens que l'accès à certains emplois ne saurait être limité du fait que, dans un État membre donné, les personnes appelées à occuper ces emplois sont placées sous un régime statutaire comportant une titularisation [2].

7. Parallèlement, alors que la présente instance était pendante, une loi a été adoptée en France instituant pour certaines catégories professionnelles des dispositions — appelées sans doute également à s'appliquer aux enseignants du second degré — dérogeant, au profit des ressortissants des autres États membres, à l'obligation de posséder la nationalité française [3]. Le Conseil constitutionnel a rejeté le recours formé contre cette loi par 73 sénateurs [4].

8. La mise en œuvre de la loi nécessite, toutefois, encore l'adoption de décrets d'application. Le particulier ne peut pas encore revendiquer à son profit l'application de la législation. C'est pourquoi la requérante au principal, le gouvernement français ainsi que la Commission partent de l'idée que tant du point de vue juridique que matériel un intérêt subsiste, quant à la décision à rendre sur le litige.

9. Pour ce qui est de l'application et de l'interprétation de l'article 48 du traité CEE, notamment de son paragraphe 4, pertinent aux fins de la réponse à donner à la question préjudicielle, la Cour peut se fonder sur une jurisprudence désormais bien établie. L'ensemble des participants à la procédure, à savoir la requérante au principal, la Commission et le gouvernement français sont donc unanimes pour considérer qu'il y a lieu de répondre par la négative à la question préjudicielle, autrement dit, que l'emploi de professeur certifié de l'enseignement secondaire ne constitue pas un emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE.

10. Si on applique les critères développés dans la jurisprudence, la qualité de travailleur dans le chef d'un professeur de langues étrangères de l'enseignement secondaire ne fait pas de doute. La notion de travailleur, qu'il y a lieu de définir de façon objective, est caractérisée par la circonstance « qu'une personne accomplit des prestations ayant une valeur économique certaine en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, en contrepartie desquelles elle touche une rémunération » [5]. Un enseignant du second degré fournit des prestations sous la forme d'un enseignement, prestations pour lesquelles il perçoit, en contrepartie, une rémunération. La qualité de travailleur se déduit donc indépendamment de la nature juridique du rapport d'emploi [6].

11. La poursuite de l'analyse consiste simplement à examiner l'éventualité d'une mise en jeu de la disposition dérogatoire visée à l'article 48, paragraphe 4, aux termes de laquelle la libre circulation des travailleurs ancrée à l'article 48 ne s'applique pas aux emplois dans l'administration publique

2 — Voir arrêt du 3 juin 1986, Commission/France, point 11 (307/84, Rec. p. 1725); arrêt du 3 juillet 1986, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, point 20 (66/85, Rec. p. 2121); et arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie, point 8 (225/85, Rec. p. 2625).

3 — Loi n° 91-715, du 26 juillet 1991, JORF, lois et décrets, du 27. 7. 1991, p. 9952.

4 — JORF, lois et décrets, du 25. 7. 1991, p. 9854.

5 — Voir affaire 66/85, Lawrie-Blum, précitée, point 17.

6 — Ibidem, point 22.

en raison, d'une part, de l'aspect formel de la nomination dans un emploi statutaire et, d'autre part, pour des raisons de fond liées à la nature des fonctions devant être exercées.

12. La réponse à cette question se trouve déjà inscrite en filigrane dans la jurisprudence antérieure de la Cour: en tant que dérogation à la « règle fondamentale de la libre circulation », l'article 48, paragraphe 4, doit recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger [7]. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire 149/79 [8], la Cour expose que l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE

« place en dehors du champ d'application des trois premiers paragraphes de ce même article un ensemble d'emplois 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. De tels emplois supposent, en effet, de la part de leurs titulaires l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité » [9].

13. Il convient de déterminer la portée de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE en fonction du but poursuivi par cette disposition [10]. La notion d'administration publique doit, en outre, comporter une interprétation et une application uniformes dans l'ensemble de la Communauté [11]. En effet:

« Le fait d'étendre l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4, à des emplois, tout en relevant de l'État ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent, cependant, aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite, aurait pour conséquence de soustraire à l'application des principes du traité un nombre considérable d'emplois et de créer des *inégalités entre États membres* [12], en fonction des disparités qui caractérisent l'organisation de l'État et celle de certains secteurs de la vie économique » [13].

14. Ainsi qu'il a déjà été fait allusion, la Cour a déclaré dans plusieurs arrêts que l'accès à certains postes ne devait pas être restreint par la circonstance que la personne occupant l'emploi relève du statut des fonctionnaires [14].

« Faire dépendre l'application de l'article 48, paragraphe 4, de la nature juridique du lien qui unit le travailleur à l'administration donnerait, en effet, aux États membres la possibilité de déterminer, à leur gré, les emplois couverts par cette disposition d'exception » [15].

15. Par ailleurs, le fait d'ouvrir les emplois en cause à des candidats ressortissants d'autres États membres, en ce que l'État membre propose à ces derniers une forme d'engagement juridiquement distinct, parallèle à la voie du recrutement statutaire ouverte aux nationaux, ne peut constituer

7 — Affaire 66/85, précitée, point 26.

8 — Arrêt du 17 décembre 1980, Commission/Belgique (149/79, Rec. p. 3881).

9 — Affaire 149/79, précitée, point 10.

10 — Ibidem, point 11.

11 — Ibidem, point 12.

12 — Passage souligné par nous.

13 — Ibidem, point 11.

14 — Voir affaire 307/84, précitée, point 11; affaire 66/85, précitée, point 20; et affaire 225/85, précitée, point 8.

15 — Affaire 225/85, précitée, point 8.

une solution que si tous les emplois offerts sont également accessibles aux ressortissants d'autres États membres et qu'une fois engagés, ceux-ci bénéficient d'un régime comportant des avantages et des garanties, en principe, équivalant à ceux découlant du statut d'agent titulaire [16].

16. Considéré en soi, le fait de placer certains domaines d'activité sous un régime statutaire comportant une titularisation n'est donc d'aucun secours au regard de la mise en jeu de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE.

17. Partant, c'est par un examen au fond qu'il convient de vérifier

« si les emplois en cause sont ou non caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État » [17].

18. S'agissant à présent d'apprécier la profession d'enseignant au regard de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE, il y a lieu de faire observer que cette question également n'est pas tout à fait nouvelle pour la Cour. Dans l'affaire Lawrie-Blum [18], le débat tournait autour de l'appréciation en droit communautaire du statut d'enseignant stagiaire en Allemagne.

19. Dans les conclusions déposées dans cette affaire, l'avocat général était parti de ce que n'importe quelle activité liée, d'une manière ou d'une autre, à l'exercice de compétences ressortissant à la puissance publique ne pouvait pas être incluse dans le champ d'application de la restriction visée à l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE. Dans le domaine de l'école, la distinction entre activités liées à l'exercice de la puissance publique, destinées à sauvegarder les intérêts généraux de l'État, et celles que l'on ne saurait considérer comme inhérentes à un emploi dans l'administration publique au sens étroit du terme, peut être esquissée comme suit.

20. Les orientations pédagogiques fondamentales de l'enseignement, ses structures générales, l'élaboration des principes régissant la notation ainsi que la délivrance des diplômes participent, sans doute, aux intérêts généraux de l'État. Il en va différemment de l'enseignement dans le cadre quotidien de l'école, essentiellement centré sur la dispense d'un enseignement, alors que le maintien de la discipline, l'attribution des notes constituent, tout au plus, des mesures d'accompagnement de l'enseignement et revêtent, en tant que telles, une importance mineure par rapport à l'activité pédagogique proprement dite de l'enseignant. Elles ne sauraient, dès lors, affecter la nature de l'activité d'enseignement, même si elles peuvent être considérées, en droit national, comme procédant de l'exercice de compétences ressortissant à la puissance publique [19].

21. Les appréciations ainsi portées par l'avocat général dans ses conclusions quant à la fonction d'enseignant dans le système scolaire ont été reprises en définitive, par la Cour, dans son arrêt. La Cour a estimé que

16 — Voir affaire 307/84, précitée, point 16.

17 — Voir affaire 149/79, précitée, point 12; voir également affaire 307/84, précitée, point 12.

18 — Affaire 66/85, précitée.

19 — Voir conclusions dans l'affaire Lawrie-Blum, 66/85, Rec. 1986, p. 2121, 2135.

le poste d'enseignant stagiaire ne relevait pas des emplois susceptibles, eu égard aux tâches et aux responsabilités qui leur sont inhérentes, de revêtir les caractéristiques des activités spécifiques de l'administration au sens de la définition [20] retenue par la Cour [21].

22. Dans un autre arrêt [22], rendu ultérieurement, il s'agissait d'évaluer en droit communautaire le statut de lecteur en langue étrangère auprès d'un établissement d'enseignement supérieur italien. Contrairement aux contrats d'engagement des autres collaborateurs de l'université, les contrats de travail des lecteurs en langue étrangère étaient conclus pour une durée déterminée. Se référant à son arrêt dans l'affaire Lawrie-Blum, la Cour a jugé que

« ... les emplois d'enseignant ne comportent pas 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 et des autres collectivités publiques et ne supposent pas 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 des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité » [23].

23. Pour ce qui est de la détermination concrète des conditions d'emploi, la Cour, se fondant sur sa jurisprudence antérieure, a constaté que, même s'il s'agissait d'emplois dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité, cette disposition ne saurait justifier, après que certains travailleurs d'autres États membres ont été admis à occuper ces emplois, des mesures discriminatoires à leur égard en matière de rémunération ou d'autres conditions de travail [24].

24. Il s'agissait, tant dans l'affaire Lawrie-Blum [25] que dans l'affaire Allué et autre [26], *d'activités d'enseignement exercées par des ressortissants d'autres États membres dans leur langue maternelle respective.* Sous cet aspect, les faits de la cause qui présidaient aux arrêts que nous venons d'évoquer sont analogues au cas d'espèce sur lequel la Cour est présentement appelée à statuer.

25. Par application des principes déjà développés par la Cour dans sa jurisprudence et exposés dans les observations qui précèdent, il y a lieu, selon nous, de répondre à la question préjudicielle soumise à la Cour en ce sens que l'emploi de professeur de l'enseignement secondaire des établissements publics français n'est *pas* un emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE.

Dépens

26. Il appartient au tribunal de renvoi de statuer sur les dépens de la procédure préjudicielle. Les frais exposés par le gouvernement français et par la Commission ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un remboursement.

20 — Voir affaire 149/79, précitée, point 12; et affaire 66/85, précitée, point 27; passage repris au paragraphe 17 des présentes conclusions.

21 — Affaire 66/85, précitée, points 27 et 28.

22 — Arrêt du 30 mai 1989, Allué et autre/Università degli studi di Venezia (33/88, Rec. p. 1591).

23 — Affaire 33/88, précitée, point 7.

24 — Affaire 33/88, précitée, point 8.

25 — Affaire 66/85, précitée.

26 — Affaire 33/88, précitée.

C — Conclusion

27. Nous suggérons de répondre à la question préjudicielle de la manière suivante:

« L'emploi de professeur certifié de l'enseignement secondaire des établissements publics français n'est pas un emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité CEE. »