CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 5 mars 1996 *

Table des matières

I — Sur le cadre juridique du litige ..... I - 3290

A — Les dispositions communautaires ..... I - 3290

B — La jurisprudence communautaire ..... I - 3291

C — L'action de la Commission ..... I - 3295

D — Le droit national en cause ..... I - 3296

1) Services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ..... I - 3296

2) Services opérationnels de santé publique ..... I - 3297

3) Enseignement public ..... I - 3298

4) Transports maritimes et aériens ..... I - 3298

5) Chemins de fer et transports publics urbains et régionaux ..... I - 3299

6) Recherche scientifique et technologique ..... I - 3300

7) Postes (ELTA), télécommunications (OTE) et radiotélévision (ET) ..... I - 3301

8) Opéra Ethniki Lyriki Skini et orchestres philarmoniques municipaux et communaux ..... I - 3301

II — Sur l'existence d'un manquement ..... I - 3301

A — Les perspectives de la jurisprudence communautaire ..... I - 3302

1) La jurisprudence a-t-elle consacré le principe d'une analyse emploi par emploi? ..... I - 3302

2) Les pouvoirs publics nationaux doivent-ils justifier de l'exception ab initio dans tous les secteurs de leur activité, ou bien faut-il distinguer selon les secteurs? ..... I - 3305

a) Sur la question d'une distinction selon les secteurs d'activité ..... I - 3305

b) Sur les grandes lignes d'une distinction selon les secteurs d'activité .... I - 3309

* Langue originale: le français.

B — La mise en œuvre du choix opéré ..... I - 3310

1) Analyse des secteurs d'activité visés par la requête de la Commission .... I - 3310

2) Moyens opposés par la partie défenderesse ..... I - 3311

a) Article 4, paragraphe 4, de la constitution hellénique ..... I - 3311

b) Difficultés politiques internes ..... I - 3312

c) Décret présidentiel n° 12/1992 ..... I - 3313

d) Décision judiciaire et décision administrative individuelle nationales ..... I - 3314

1. Dans le cadre de son recours en manquement introduit le 25 octobre 1994, la Commission vous invite à

— constater que, en imposant la condition de nationalité hellénique pour l'accès aux emplois:

a) relevant des entreprises et compagnies publiques, semi-publiques ou communales qui gèrent les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité,

b) relevant des services opérationnels de santé publique,

c) d'enseignant dans le secteur de l'enseignement public des écoles maternelle, primaire et secondaire, supérieure et universitaire, relevant du ministère de l'Éducation nationale,

d) relevant des services, compagnies ou organismes de transports maritimes et aériens,

e) relevant de l'organisme des chemins de fer helléniques (OSE) et des organismes, compagnies et entreprises publiques ou communales gérant les services des transports publics urbains et régionaux,

f) du personnel scientifique et non scientifique relevant des établissements publics de recherche à des fins civiles,

g) relevant des organismes ou entreprises publics ou semi-publics gérant les services des postes (ELTA), des télécommunications (OTE) et de radiotélévision (ET), et

h) de musicien auprès de l'« Ethniki Lyriki Skini » ainsi qu'auprès des orchestres municipaux et communaux,

la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 48 du traité CEE [1] et des articles 1er et 7 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté [2],

— condamner la République hellénique aux dépens.

2. Au cours de la procédure précontentieuse, la République hellénique n'a d'abord pas contesté les analyses contenues dans sept des huit mises en demeure adressées par la Commission. Elle n'a pas répondu à la huitième mise en demeure, relative à l'Ethniki Lyriki Skini et aux orchestres philarmoniques municipaux et communaux.

3. Dans sa réponse aux sept premières mises en demeure, elle a apporté les précisions suivantes:

— elle avait pris l'initiative de faire l'inventaire des difficultés éventuellement soulevées par l'abolition de la discrimination fondée sur la nationalité pour l'accès aux emplois dans le secteur public;

— les modalités d'application de l'article 48 du traité, et en particulier celles relatives à la dérogation visée au paragraphe 4 de cet article tel qu'interprété par la Cour, avaient déjà été intégrées dans les objectifs du premier programme de modernisation de l'administration 1992/1994;

— pour mettre en œuvre cet objectif, elle avait chargé une commission spéciale de l'étude et de la préparation des adaptations à apporter à la législation hellénique, ainsi que de la détermination, d'une part, des emplois publics auxquels l'accès serait possible et, d'autre part, de ceux qui devraient être exclus de la liberté d'accès.

4. En réponse aux sept avis motivés se rapportant à ces mises en demeure, la République hellénique a communiqué à la Commission un projet de loi relatif à l'accès des

1 — La requête vise de manière inexacte, selon nous, l'article 48 du traité *CE* au lieu du traité *CEE*, alors que les avis motivés sont antérieurs au 1er novembre 1993, date d'entrée en application du traité sur l'Union européenne, et que l'existence d'un manquement aux obligations découlant de l'article 48 doit en principe s'apprécier à l'époque desdits avis motivés. La différence de libellé n'est ici que formelle, dans la mesure où l'article 48 n'a pas été modifié. Une telle différence pourrait en revanche être associée à des conséquences au fond si le texte visé par la requête avait été modifié.

2 — JO L 257, p. 2.

ressortissants communautaires aux emplois du secteur public en précisant que ce projet devait être soumis au vote du Parlement au mois de février 1993.

5. Un huitième avis motivé, relatif à l'Ethniki Lyriki Skini et aux orchestres philarmoniques municipaux et communaux, est demeuré sans réponse.

6. Aucune mesure nationale n'ayant finalement été prise dans les délais impartis par les avis motivés, la Commission a introduit la présente procédure.

7. A présent, la République hellénique conclut au rejet de la requête. Cependant, à la fin de son mémoire en duplique elle indique que, indépendamment des moyens soulevés, elle « [...] continue à examiner les possibilités et les façons de concrétiser les principes de l'article 48 dans l'administration publique ».

8. Il nous semble que ce recours, comme les deux autres dont vous avez à connaître [3], vous place à la croisée de plusieurs voies jurisprudentielles. Il devrait vous amener à faire le bilan de votre jurisprudence actuelle et à en tirer les conséquences appropriées quant au domaine de la dérogation à la libre circulation des travailleurs, admise par l'article 48, paragraphe 4, du traité. Sur ce point, la République hellénique vous invite à exclure une analyse par secteurs entiers au profit d'une analyse emploi par emploi.

9. Nous rappellerons d'abord le cadre juridique du litige (I), avant de nous demander si le recours en manquement est ou non fondé (II).

I — Sur le cadre juridique du litige

10. Après un rappel des dispositions communautaires invoquées par la Commission (A), nous ferons le bilan de votre jurisprudence en la matière (B). Sur la base de cette jurisprudence, la Commission a décidé de mener une « action systématique » (C), qui a abouti à la mise en cause de différentes dispositions du droit national hellénique (D).

A — *Les dispositions communautaires*

11. L'article 48, paragraphes 1 à 3, du traité consacre le principe de la libre circulation des travailleurs et son corollaire, l'abolition

3 — Voir nos conclusions séparées de ce jour dans les affaires Commission/Luxembourg (C-473/93) et Commission/Belgique (C-173/94).

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.

12. L'article 48, paragraphe 4, dispose:

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. »

13. L'article 1er du règlement n° 1612/68 prévoit en ce qui concerne l'accès à l'emploi:

« 1. Tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État.

2. Il bénéficie notamment sur le territoire d'un autre État membre de la même priorité que les ressortissants de cet État dans l'accès aux emplois disponibles. »

14. Quant à l'article 7, paragraphes 1 et 2, du même règlement, relatif à l'exercice de l'emploi et à l'égalité de traitement, il énonce:

« 1. Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage.

2. Il y bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux. »

B — *La jurisprudence communautaire*

15. Dans votre arrêt du 12 février 1974, Sotgiu [4], vous avez jugé [5] que, « [...] compte tenu du caractère fondamental, dans le système du traité, des principes de libre circulation et d'égalité de traitement des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, les dérogations admises par le paragraphe 4 de l'article 48 ne sauraient avoir une portée qui dépasserait le but en vue duquel cette clause d'exception a été insérée. »

4 — 152/73, Rec. p. 153.
5 — Attendu 4.

16. Vous avez ainsi consacré une interprétation *stricte* de cette disposition [6].

17. Vous avez ajouté [7], pour préciser la portée de l'exception:

« [...] en l'absence de toute distinction dans la disposition citée, il est sans intérêt de savoir si un travailleur se trouve engagé en qualité d'ouvrier, d'employé ou de fonctionnaire, ou encore si son lien d'emploi relève du droit public ou du droit privé;

[...] ces qualifications juridiques sont, en effet, variables au gré des législations nationales et ne sauraient, dès lors, fournir un critère d'interprétation approprié aux exigences du droit communautaire. »

18. Dans l'arrêt du 17 décembre 1980, Commission/Belgique [8], vous avez souligné [9]:

« [...] la notion d'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4 [...] doit comporter une interprétation et une application uniformes dans l'ensemble de la Communauté.

[...]

[...] la délimitation de la notion d'"administration publique', au sens de l'article 48, paragraphe 4, ne peut être laissée à la totale discrétion des États membres. »

19. La notion d'administration publique relève donc du droit communautaire.

20. Dans le même arrêt Commission/Belgique, vous avez jugé [10]:

« [L'article 48, paragraphe 4] 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

6 — Voir, également, arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie (225/85, Rec. p. 2625, point 7).

7 — Arrêt Sotgiu, précité (attendu 5).

8 — 149/79, Rec. p. 3881.

9 — Points 12 et 18.

10 — Point 10, souligné par nous.

que la réciprocité de droits et de devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité. »

21. Était ainsi donnée une définition *fonctionnelle* [11] de l'emploi relevant de l'administration publique.

22. Vous excluiez en conséquence une définition simplement *organique* de la notion d'administration publique, soulignant que [12] « [...] le fait d'étendre l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4, à des emplois qui, 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, en fonction des disparités qui caractérisent l'organisation de l'État et celle de certains secteurs de la vie économique ».

23. Le caractère restrictif de l'exception de l'article 48, paragraphe 4, était renforcé par l'exigence de deux conditions cumulatives, liées à la participation 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. Un arrêt ultérieur substitua à la conjonction « et » la conjonction « ou » [13]. Cependant, l'exigence d'un cumul des deux conditions fut maintenue par les autres décisions rendues antérieurement et postérieurement à cet arrêt [14].

24. Dans l'arrêt du 17 décembre 1980, Commission/Belgique, précité, vous consacriez également le caractère restrictif de l'exception en excluant que l'on pût interdire aux ressortissants des autres États membres la généralité des emplois relevant de secteurs d'intervention de l'État ou des collectivités publiques au seul motif que, par suite de promotion ou de mutation, le nouvel emploi auquel l'agent pourrait accéder serait susceptible de comporter des fonctions et responsabilités propres de l'administration publique [15]:

« [...] l'article 48, paragraphe 4, en visant les emplois qui comportent l'exercice de la puissance publique et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, permet aux États membres de réserver, par des réglementations appropriées, aux ressortissants nationaux l'accès aux emplois qui comportent l'exercice d'une

11 — Qualificatif utilisé expressément dans l'arrêt du 3 juin 1986, Commission/France (307/84, Rec. p. 1725, point 12): « [...] le critère d'applicabilité de l'article 48, paragraphe 4, du traité doit être fonctionnel [...] »

12 — Arrêt Commission/Belgique, précité (point 11).

13 — Arrêt Commission/Italie, précité (point 9).

14 — Arrêt Commission/France, précité (point 12); arrêts du 3 juillet 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121, point 27); du 30 mai 1989, Allué et Coonan (33/88, Rec. p. 1591, point 7, ainsi que point 12 des conclusions de l'avocat général M. Lenz, qui souligne la conjonction « et »), et du 27 novembre 1991, Bleis (C-4/91, Rec. p. I-5627, point 6, *qui vise expressément*, outre l'arrêt Commission/Belgique, précité, *l'arrêt Commission/Italie, également précité, à titre de précédent consacrant le caractère cumulatif des deux conditions*).

15 — Points 21 et 22, souligné par nous.

telle puissance et de telles responsabilités à l'intérieur d'une même carrière, d'un même service ou d'un même cadre.

[...] l'interprétation [...] qui a pour effet *d'exclure* [les] ressortissants [des autres États membres] *de la généralité des emplois dans l'administration publique*, comporte une restriction des droits de ces ressortissants qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le respect des finalités poursuivies par cette disposition [...] »

25. En résumé, il se déduit de votre jurisprudence que:

— la condition de nationalité ne peut être exigée pour l'accès aux emplois qui n'impliquent aucune 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; pour ces emplois doit s'appliquer le principe de libre circulation des travailleurs;

— la condition de nationalité ne peut être exigée même pour des emplois qui à l'origine ne remplissent pas les conditions de l'article 48, paragraphe 4, mais dont les titulaires peuvent être amenés, à la suite d'une mutation ou d'une promotion, à exercer des fonctions et des responsabilités propres de l'administration publique; les États membres ne peuvent réserver à leurs nationaux que ces seules fonctions et responsabilités.

26. A ce jour, vous avez déjà jugé que ne relèvent pas de l'exception de l'article 48, paragraphe 4, les emplois suivants:

— services des postes: ouvrier [16];

— chemins de fer: agent de triage, chargeur, conducteur, poseur de voies, signaleur, nettoyeur de bureau, manœuvre de peinture, aide-garnisseur, ouvrier de l'entretien des batteries, préparateur de sections, préparateur d'induits, veilleur de nuit, nettoyeur, réfectoriste, manœuvre atelier [17];

— communes: menuisier, aide-jardinier, infirmière, puéricultrice, surveillant, infirmière aux crèches, électricien, plombier [18];

16 — Solution implicite dans l'arrêt Sotgiu, précité (attendu 4, quatrième alinéa).

17 — Arrêt du 26 mai 1982, Commission/Belgique (149/79, Rec. p. 1845).

18 — Ibidem.

— hôpitaux publics: infirmier, infirmière [19];

— enseignement public: enseignant stagiaire [20], professeur de l'enseignement secondaire [21], lecteur de langue étrangère dans les universités [22];

— recherche civile: chercheur [23].

C — *L'action de la Commission*

27. Le présent contentieux s'inscrit dans la phase finale d'une « action systématique » entreprise par la Commission sur la base d'une communication 88/C 72/02 [24].

28. Cette action visait à l'élimination des restrictions fondées sur la nationalité qui, dans chaque État membre, interdisent aux travailleurs des autres États membres l'accès aux emplois de certains secteurs publics bien déterminés, sur le fondement de l'article 48, paragraphe 4, du traité.

29. Elle devait porter en priorité sur les secteurs suivants:

— organismes chargés de gérer un service commercial (par exemple transports publics, distribution d'électricité ou de gaz, compagnies de navigation aérienne ou maritime, postes et télécommunications, organismes de radiotélédiffusion);

— services opérationnels de santé publique;

— enseignement dans les établissements publics;

— recherche à des fins civiles dans les établissements publics.

30. La Commission expliquait que les tâches et responsabilités caractérisant les emplois dans ces secteurs étaient en général suffisamment éloignées des activités spécifiques de l'administration publique telles que définies par votre Cour pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement relever de l'exemption prévue à l'article 48, paragraphe 4, du traité. Selon elle, pour chacune des activités

19 — Arrêt Commission/France, précité.
20 — Arrêt Lawrie-Blum, précité.
21 — Arrêt Bleis, précité.
22 — Arrêt Allué et Coonan, précité.
23 — Arrêt Commission/Italie, précité.
24 — Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres — Action de la Commission en matière d'application de l'article 48 paragraphe 4 du traité CEE (JO 1988, C 72, p. 2).

en cause, on constatait soit qu'elle existait également dans le secteur privé, auquel cas l'article 48, paragraphe 4, ne s'appliquait pas, soit qu'elle pouvait être exercée dans le secteur public en dehors des conditions de nationalité.

31. La Commission annonçait qu'elle entendait communiquer les conclusions de son examen des secteurs choisis aux États membres concernés, en leur demandant d'ouvrir l'accès aux emplois relevant de ces secteurs aux travailleurs ressortissants des autres États membres. Elle comptait sur la coopération active et efficace de ceux-ci en vue d'éviter, dans la mesure du possible, tout contentieux. Elle se réservait la possibilité d'introduire au besoin un recours en manquement.

32. Au terme de ses échanges avec les États membres, elle a constaté que la plupart d'entre eux avaient pris des mesures législatives et/ou réglementaires afin d'adapter leur droit national aux exigences du droit communautaire, mais que trois États n'avaient pas entamé ou achevé un processus normatif en ce sens.

33. Elle a en conséquence décidé d'ouvrir une procédure en manquement contre chacun de ces trois États membres, dont la République hellénique [25].

25 — Voir, pour les références des deux autres affaires, la note 3 ci-dessus.

D — *Le droit national en cause*

34. Au vu des éléments du dossier, la condition de nationalité hellénique est ou était exigée, dans les conditions ci-après résumées, pour l'accès aux emplois dans les secteurs visés par la requête.

1) *Services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité*

35. Les entreprises et compagnies publiques, semi-publiques ou communales chargées de gérer les services de distribution d'eau (par exemple EYDAP à Athènes), de gaz (par exemple DEFA, entreprise communale de gaz à Athènes) et d'électricité (DEH, entreprise publique gérant la production et la distribution dans l'ensemble du pays) sont contrôlées soit par l'État, soit par les collectivités locales.

36. En ce qui concerne les entreprises et compagnies contrôlées par l'État, une condition de nationalité hellénique est exigée par la loi n° 1735/87 et par l'arrêté ministériel n° DIPPP/F.1/116 des 7 et 8 janvier 1988 pour l'accès aux emplois du secteur public. La même condition est par ailleurs imposée par les textes législatifs ou réglementaires

particuliers applicables aux entreprises publiques en cause et définissant le statut de leur personnel, tel, par exemple, l'article 5, paragraphe 5, du statut général du personnel de l'entreprise publique d'électricité (DEH).

37. En ce qui concerne les entreprises et compagnies communales (par exemple DEFA), la condition de nationalité hellénique est exigée par les textes législatifs et réglementaires régissant le statut du personnel des collectivités locales (par exemple l'article 260 de la loi n° 1188/81 et les articles 7 et 66 du décret présidentiel n° 410/88), ainsi que par les règlements internes des entreprises ou compagnies en cause.

2) *Services opérationnels de santé publique*

38. L'article 2, paragraphe 4, de la loi n° 1821/88, qui modifie implicitement l'article 26 de la loi n° 1397/83 relative au régime national de santé, permet à titre exceptionnel la nomination de ressortissants communautaires connaissant la langue hellénique aux emplois de médecin et d'infirmier dans les hôpitaux publics.

39. L'accès à tous les autres emplois relevant des hôpitaux publics (personnes morales de droit public) ou d'autres services publics de santé (centres de santé, etc.) est réservé aux ressortissants grecs.

40. Tous ces établissements relèvent en effet du secteur public et sont en conséquence soumis à la condition de nationalité hellénique prévue par la loi n° 1735/87 et l'arrêté ministériel n° DIPPP/F.1/116 des 7 et 8 janvier 1988, précités, qui visent tant le personnel fonctionnaire que le personnel non-fonctionnaire employé dans le secteur public.

41. Par ailleurs, l'article 7 du décret présidentiel n° 410/88 relatif au recrutement sous contrat de droit privé du personnel scientifique spécialisé, du personnel technique et auxiliaire dans le secteur public renvoie au code de la fonction publique et, par suite, impose une condition de nationalité hellénique.

42. Enfin, l'article 66 du même décret prévoit la condition de nationalité hellénique même pour le recrutement par contrat de droit privé du personnel saisonnier ou de celui recruté pour répondre à des besoins temporaires.

3) *Enseignement public*

43. En vertu de l'article 2 du code de la fonction publique, l'enseignement public maternel, primaire et secondaire (général, technique et professionnel) relève de son champ d'application. La condition de nationalité hellénique, exigée de manière générale par l'article 18 de ce code, s'applique donc à l'accès aux emplois de ces secteurs.

44. Le même principe s'applique, conformément à la loi n° 1404/83, au personnel enseignant ou non enseignant de l'enseignement technique, ainsi que, en vertu de la loi n° 1268/82 et de l'article 16, paragraphe 6, de la constitution, au personnel de l'enseignement universitaire.

45. Exceptionnellement, l'article 79, paragraphe 7, de la loi n° 1566/85 qui, notamment, complète la loi n° 1268/82 prévoit la possibilité, en l'absence de candidats grecs, de recruter des étrangers à certains postes (scientifiques spécialisés, professeurs assistants mandataires), mais seulement par contrat de droit privé annuel renouvelable une seule fois et sans que les intéressés aient un droit de participation aux organes d'administration.

46. Des exceptions sont enfin prévues par les articles 4 et 5 de la loi n° 5139/31 en faveur de professeurs de langues et de littératures étrangères enseignant dans une université.

4) *Transports maritimes et aériens*

47. Jusqu'à la publication du décret présidentiel n° 12/1992 [26], la nationalité hellénique était exigée dans le secteur des transports maritimes par:

— l'article 4, paragraphe 1, du décret-loi n° 2651/53 sur la composition de l'équipage des navires marchands, sous réserve d'exceptions prévues à l'article 4, paragraphe 2, du même décret-loi;

— l'article 5 de l'arrêté royal du 1(14)/3 novembre 1836 relatif à la marine marchande, en ce qui concerne les trois quarts de l'équipage du navire;

— l'article 57 du code maritime pour l'inscription des marins sur les registres, l'article 59 du même code ne prévoyant pas en revanche une condition de nationalité pour l'inscription au registre des ouvriers de la mer.

26 — *Journal officiel de la République hellénique*, 1993, partie A, n° 5 du 1er février 1993.

48. Les articles 1er et 2 du décret présidentiel n° 12/1992 disposent:

« Article premier

Le présent décret présidentiel vise à harmoniser les dispositions de la législation hellénique et, en particulier, les articles 56, 57, 87 et 88 du code de droit maritime public (décret-loi 187/73) et les dispositions de la loi d'urgence 192/36, dans la mesure où elles interdisent l'accès aux emplois dans la marine marchande hellénique aux marins ressortissants d'États membres des Communautés européennes [...] avec les dispositions des articles 7 et 48 du traité CEE et des articles 1er, 2, 3 et 4 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil qui concernent la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté [...]

Article 2

1. Les ressortissants des États membres des Communautés européennes qui ont le statut de marin en vertu de la législation de leur État ont les mêmes possibilités d'accès aux emplois sur les navires de commerce helléniques que celles qui sont réservées aux marins grecs par les dispositions pertinentes de la législation hellénique, à l'exception de l'emploi de capitaine et de celui de son suppléant légal.

2. A cette fin, lorsque dans la législation en vigueur en matière d'emploi dans la marine marchande hellénique figurent les termes 'marins grecs' ou 'nationaux' ou tout autre terme désignant une personne de nationalité hellénique, ces termes désignent également les ressortissants des États membres des Communautés européennes qui ont le statut de marin en vertu de la législation de leur État d'origine ou de provenance. »

49. S'agissant du secteur des transports aériens, les compagnies qui assurent ces transports relèvent du secteur public. La condition de nationalité est donc requise en application de la loi n° 1735/87 et de l'arrêté ministériel n° DIPPP/F.1/116 des 7 et 8 janvier 1988, précités.

5) *Chemins de fer et transports publics urbains et régionaux*

50. L'article 19, paragraphe 1, du statut général du personnel de l'organisme des chemins de fer helléniques (OSE) dispose que nul ne peut être recruté s'il ne possède la nationalité hellénique. Le paragraphe 3 du même article subordonne à des conditions prévues par des lois spéciales le recrutement, par exception, de ressortissants étrangers.

51. Les transports urbains et régionaux relèvent du secteur public.

52. La condition de nationalité hellénique s'impose donc en vertu de la loi n° 1735/87 et de l'arrêté ministériel n° DIPPP/F.1/116 des 7 et 8 janvier 1988, précités.

53. La même condition est prévue dans les textes législatifs et réglementaires applicables aux organismes, entreprises ou compagnies de transports, qu'ils fassent ou non partie du secteur public (par exemple article 8 du règlement du personnel des services intérieurs des chemins de fer électriques helléniques, article 15 du règlement du personnel des services extérieurs de la même entreprise, et article 11 du statut général du personnel des autobus électriques d'Athènes).

6) *Recherche scientifique et technologique*

54. Conformément à l'article 16, paragraphe 2, de la loi n° 1514/85 relative au développement de la recherche scientifique et technologique, ainsi qu'aux décrets pris en application de l'article 25 de cette loi, tous les membres du personnel scientifique de recherche des organismes compétents doivent en principe posséder la nationalité hellénique.

55. Exceptionnellement, un étranger peut être nommé directeur d'un centre national de recherche si celui-ci a été créé par un accord interétatique contenant une disposition expresse sur ce point.

56. L'article 19, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 1514/85 permet également le recrutement d'étrangers en qualité de visiteurs experts de recherche, mais exclusivement par contrat privé de trois mois à deux ans, renouvelable pour une durée supplémentaire d'une année dans des cas exceptionnels.

57. L'article 25, paragraphe 1, sous b), prévoit que des décrets-lois d'application peuvent déroger à la condition de nationalité pour des travaux d'appréciation des résultats de programmes de recherche.

58. S'agissant des membres du personnel technique, administratif et auxiliaire ayant la qualité de fonctionnaire, la nationalité hellénique est exigée en application des articles 20 et 21 de la loi ainsi que par les dispositions générales applicables à tous les fonctionnaires civils de l'État et des autres personnes morales de droit public (code de la fonction publique, etc.).

59. Enfin, la nationalité hellénique est exigée de tous les membres du personnel contrac-

tuel des organismes en cause, en vertu des articles 24 de la loi n° 1514/85, 7 de la loi n° 1735/87, 7 et 66 du décret n° 410/88, et de l'arrêté ministériel n° DIPPP/F.1/116 des 7 et 8 janvier 1988, précités.

7) Postes (ELTA), télécommunications (OTE) et radiotélévision (ET)

60. Les organismes publics ou semi-publics gérant les services des postes, des télécommunications et de radiotélévision relèvent du secteur public.

61. La condition de nationalité hellénique s'impose en vertu de la loi n° 1735/87 et de l'arrêté ministériel n° DIPPP/F.1/116 des 7 et 8 janvier 1988, précités.

62. La même condition est par ailleurs visée par les dispositions législatives ou réglementaires particulières définissant le statut du personnel des organismes en cause [par exemple article 7 du statut général du personnel des postes helléniques (ELTA), article 6, paragraphe 1, du statut général de l'OTE, etc.].

8) Opéra Ethniki Lyriki Skini et orchestres philarmoniques municipaux et communaux

63. L'Ethniki Lyriki Skini réserve l'accès à l'emploi aux seuls ressortissants grecs et en exclut tous les étrangers, y compris les ressortissants des autres États membres.

64. De même, les autorités locales exigent la nationalité hellénique pour le recrutement, pour une durée indéterminée, de musiciens des orchestres philarmoniques municipaux et communaux. Ainsi, par exemple, le maire d'Athènes a refusé d'appliquer à un musicien de l'orchestre philarmonique de cette ville, recruté par contrat à durée déterminée, la loi n° 1874/90 qui prévoit la conversion de tout contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, pour des raisons tenant à la nationalité du musicien concerné; le maire a invoqué l'article 7 du décret présidentiel n° 410/88 qui impose la nationalité hellénique pour le recrutement du personnel contractuel spécial, scientifique, technique et auxiliaire de l'État, des collectivités locales et des personnes morales de droit public.

II — Sur l'existence d'un manquement

65. Comme nous l'indiquions au début de notre propos, votre juridiction se trouve à la croisée de plusieurs voies jurisprudentielles. Un choix s'impose, à la lumière des perspectives qui se présentent à vous (A). Ce choix

opéré, il devra être mis en œuvre en l'espèce, au regard des circonstances de celle-ci (B).

A — *Les perspectives de la jurisprudence communautaire*

66. La République hellénique soutient que votre jurisprudence exclut un raisonnement par secteurs entiers et nécessite toujours une analyse emploi par emploi (1).

67. Nous sommes d'avis que vous ne devriez pas suivre la partie défenderesse sur cette voie.

68. Il vous resterait alors à choisir entre deux développements logiques possibles de votre jurisprudence:

— ou bien considérer que la charge de la justification de la dérogation de l'article 48, paragraphe 4, incombe aux pouvoirs publics nationaux *dans tous les domaines* de leur activité et donc, notamment, ceux visés par la requête,

— ou bien *consacrer une distinction* entre, d'une part, les domaines ne relevant pas des fonctions spécifiques de l'administration publique, où les pouvoirs publics supporteraient une telle charge et, d'autre part, les domaines relevant de ces fonctions spécifiques, où la Commission ou un ressortissant communautaire devrait justifier qu'un emploi déterminé ne remplit pas les conditions d'un emploi dans l'administration publique au sens de votre jurisprudence (2).

1) *La jurisprudence a-t-elle consacré le principe d'une analyse emploi par emploi?*

69. Le recours introduit par la Commission présente cette particularité qu'il procède d'une analyse systématique de plusieurs secteurs entiers d'intervention de l'État ou des collectivités publiques.

70. Selon la partie défenderesse, vous auriez consacré, notamment dans les arrêts des 17 décembre 1980 et 26 mai 1982, Commission/Belgique, précités, le principe d'une analyse cas par cas.

71. Dans l'arrêt du 17 décembre 1980, vous avez certes précisé [27]:

« Il convient [...] de rechercher si les emplois visés par le recours peuvent être rattachés à la notion d'administration publique [...] [Cette] qualification dépend de la question de savoir 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. »

72. Vous avez repris ces considérations dans l'arrêt du 26 mai 1982 [28].

73. Cependant, nous ne pensons pas qu'il existe véritablement une jurisprudence imposant une analyse emploi par emploi.

74. Rappelons que l'affaire 149/79 est celle dans laquelle votre Cour a été amenée à définir précisément, pour la première fois, la notion d'emploi dans l'administration publique. Une approche pragmatique s'imposait déjà pour les besoins de cette définition. En outre, la requête en manquement reprochait au royaume de Belgique d'avoir imposé ou permis d'imposer « [...] la possession de la nationalité belge comme condition de recrutement dans *des emplois* non visés par l'article 48, paragraphe 4, du traité [...] » [29]. Compte tenu de cette formulation, votre Cour *devait* donc, pour statuer sur l'existence d'un manquement, vérifier si les « emplois » litigieux relevaient ou non de l'article 48, paragraphe 4. C'est pourquoi, en cours de procédure, elle dut inviter les parties à lui communiquer des informations complémentaires sur la liste des emplois en cause puis, dans l'arrêt interlocutoire du 17 décembre 1980, sur la nature effective des fonctions correspondant à ces emplois.

75. Quant aux arrêts ultérieurs, précités, s'ils ont examiné des emplois particuliers et non des secteurs entiers, c'est uniquement parce que votre Cour avait été saisie de renvois préjudiciels ou de recours en manquement visant ces emplois particuliers.

76. L'approche de la juridiction communautaire nous semble donc avoir été dictée par les conditions particulières de sa saisine plutôt que par la volonté de consacrer un principe d'interprétation.

77. En plaçant la notion d'emploi dans l'administration publique au rang des notions de droit communautaire, vous avez

27 — Point 12.

28 — Point 7.

29 — Arrêt du 17 décembre 1980 (point 1, souligné par nous).

voulu éviter que la libre circulation des travailleurs et le principe de non-discrimination aient un contenu variable dans le temps et dans l'espace.

78. Or, consacrer un principe d'appréciation emploi par emploi permettrait à chaque État membre d'imposer en fait, à l'égard de tout secteur d'intervention de son choix, sa définition nationale de l'administration publique, tant que la Commission ou un ressortissant communautaire n'aurait pas soulevé une contestation pour un ou plusieurs emplois déterminés.

79. En s'appuyant ainsi sur le mécanisme de la charge de la preuve, les États membres pourraient recouvrir le principe de libre circulation du voile de l'exception.

80. La Commission ou les ressortissants communautaires supporteraient la charge de justifier *en toutes circonstances*, *négativement*, que les conditions d'une *exception* à une liberté communautaire ne sont pas remplies. Cette conséquence serait pour le moins contraire aux règles régissant l'interprétation d'un principe et de son exception.

81. La contribution de votre jurisprudence à la mise en œuvre de l'une des libertés fondamentales du traité serait singulièrement limitée, compte tenu de l'importance des effets pratiques de la détermination du fardeau de la preuve.

82. En définitive, un État et ses collectivités publiques ne seraient tenus d'ouvrir leurs services que emploi par emploi, au gré des procédures introduites par la Commission ou par des ressortissants communautaires. C'est dire si une application uniforme du droit communautaire nécessiterait des décennies.

83. Nous ne partageons donc pas l'analyse de votre jurisprudence que propose la République hellénique.

84. En l'espèce, le manquement reproché à la République hellénique a un objet différent de celui des affaires déjà jugées.

85. Il n'est pas fait grief à l'État défendeur d'avoir fermé aux ressortissants communautaires l'accès à des emplois déterminés. Il lui est reproché d'avoir consacré, sans justifications particulières, une interdiction d'accès à l'ensemble ou à la plupart des emplois d'un secteur d'activité, au lieu d'ouvrir ce secteur à la libre circulation sous la seule réserve

d'emplois positivement mais limitativement déterminés sur le fondement de justifications tirées de la définition jurisprudentielle des emplois dans l'administration publique.

86. Le manquement allégué tient donc à une erreur d'approche imputée à la partie défenderesse, laquelle aurait mal appliqué la distinction principe/exception.

2) *Les pouvoirs publics nationaux doivent-ils justifier de l'exception ab initio dans tous les secteurs de leur activité, ou bien faut-il distinguer selon les secteurs?*

87. Si la consécration d'un principe d'examen emploi par emploi est susceptible de constituer une atténuation considérable de l'effet de votre jurisprudence actuelle, il reste à déterminer quelles sont les conséquences logiques de celle-ci à l'échelle des différents secteurs d'activité de l'État et des collectivités publiques.

88. Il y a lieu d'examiner d'abord la question d'une distinction selon les secteurs d'activité (a) avant de proposer les grandes lignes d'une telle distinction (b).

a) Sur la question d'une distinction selon les secteurs d'activité

89. Comme nous l'avons rappelé ci-dessus [30], vous avez consacré une définition *fonctionnelle* de l'emploi relevant de l'administration publique.

90. On pourrait déduire d'une approche fonctionnelle *des seuls emplois* que votre définition d'une exception à la libre circulation doit être appliquée uniformément à l'ensemble des secteurs d'activité des pouvoirs publics.

91. En vertu des règles d'application d'un principe et de son exception, les pouvoirs publics devraient dans tous les secteurs justifier ab initio des exceptions qu'ils invoqueraient. Ne seraient interdits à l'accès des ressortissants des autres États membres que les emplois positivement désignés par les pouvoirs publics comme remplissant les conditions de la définition communautaire, sous réserve d'un contrôle a posteriori du juge national et, le cas échéant, du juge communautaire.

92. Cette analyse apparaît séduisante au plan de la logique juridique, parce qu'elle aboutit

30 — Point 21, et la note y afférente.

à un raisonnement unique applicable indifféremment à toutes les activités de l'État et qu'elle respecte à la fois la règle selon laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte et celle en vertu de laquelle celui qui invoque une exception doit en justifier.

93. Elle aurait pour avantage de garantir l'égalité d'accès des ressortissants communautaires, nationaux ou non-nationaux d'un État donné, à la majeure partie de tout secteur d'activité éloigné des activités spécifiques de l'administration, car les exceptions valablement fondées sur l'article 48, paragraphe 4, du traité y sont minoritaires.

94. Cependant, elle présenterait l'inconvénient, dans les secteurs des activités spécifiques de l'administration, de contraindre les pouvoirs publics concernés à recenser de très nombreuses exceptions. En effet, dans ces secteurs d'activité le nombre des emplois particuliers remplissant les conditions jurisprudentielles des emplois dans l'administration publique est important et de loin supérieur à celui des emplois relevant du principe de libre circulation.

95. Pareille contrainte imposée aux pouvoirs publics n'illustrerait peut-être pas une bonne technique juridique.

96. Nous ne vous proposerons donc pas de suivre cette voie, d'autant qu'une autre voie nous paraît possible, qui consiste à distinguer selon les secteurs d'activité.

97. Notons que, dès le premier arrêt Commission/Belgique, précité [31], vous aviez à l'esprit une analyse par secteurs:

« La détermination du champ d'application du paragraphe 4 de l'article 48 soulève cependant des difficultés particulières en raison du fait que, dans les divers États membres, *la puissance publique a assumé des responsabilités de caractère économique et social, ou participe à des activités qui ne sont pas assimilables aux fonctions typiques de l'administration publique, mais qui relèvent par contre, en raison de leur nature, du domaine d'application du traité.* »

98. A l'occasion de chaque affaire jugée, vous n'avez pas manqué de vous demander incidemment, *en arrière-plan*, si *l'activité générale du secteur* relevait des activités spécifiques de l'administration. Par exemple, en ce qui concerne les emplois d'infirmier ou d'infirmière, d'enseignant ou d'enseignante, vous vous êtes nécessairement interrogés sur le point de savoir si, d'une part, les activités de soins caractérisant le secteur des hôpitaux

31 — Point 11, souligné par nous.

publics et, d'autre part, les activités d'enseignement constituant l'essence du secteur de l'enseignement public relevaient des activités spécifiques de l'administration.

99. Aujourd'hui vous êtes expressément invités à apprécier un manquement au regard de secteurs entiers.

100. Pour être accueillie, pareille demande suppose que vous admettiez explicitement le principe d'une analyse par secteurs que vous avez seulement esquissée en 1980 dans le premier arrêt Commission/Belgique, précité.

101. Nous sommes favorable à une solution en ce sens.

102. Nous vous suggérons de consacrer un raisonnement en deux étapes.

103. La première comporte *l'analyse de l'activité générale du secteur* concerné, ainsi que la détermination de ses conséquences en termes de charge de la preuve.

104. Elle peut être décrite comme suit:

— si l'activité d'un secteur compte parmi les activités spécifiques de l'administration, il y a lieu d'admettre que la plupart des emplois qu'il comprend remplissent les conditions de la définition communautaire des emplois dans l'administration publique; par suite, le secteur sera considéré comme relevant a priori du domaine de l'article 48, paragraphe 4, du traité et il appartiendra à la Commission ou à un ressortissant communautaire d'établir que les conditions de la dérogation ne sont pas réunies;

— si au contraire l'activité d'un secteur est éloignée des activités spécifiques de l'administration, il y a lieu d'admettre que la plupart des emplois qu'il comprend ne remplissent pas les conditions de la définition communautaire; dans cette hypothèse, le secteur sera considéré comme relevant a priori du domaine de l'article 48, paragraphes 1 à 3, c'est-à-dire de la liberté de circulation des travailleurs et il appartiendra aux pouvoirs publics nationaux d'établir, pour des emplois déterminés, qu'en réalité les conditions de l'article 48, paragraphe 4, sont remplies.

105. La seconde étape, en cas de litige relatif à un emploi déterminé, comporte *l'analyse des fonctions propres à celui-ci*: le juge national ou le juge communautaire saisi vérifie, dans le respect de la répartition de la charge

de la preuve, si l'emploi comporte 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, au sens de votre jurisprudence constante.

106. Examinons sans détour l'objection soulevée par la République hellénique, selon laquelle, en substance, on ne saurait introduire dans un secteur déterminé une *présomption* d'applicabilité soit de l'article 48, paragraphes 1 à 3, soit de l'article 48, paragraphe 4, en fonction de la nature de l'activité générale du secteur.

107. A cet égard, il importe de prendre conscience que, dans le cadre de la solution consistant à n'admettre qu'une analyse emploi par emploi, à l'exclusion de toute analyse par secteurs, il est nécessairement *présumé* que l'article 48, paragraphe 4, est a priori applicable *à tout emploi, quel que soit le secteur* auquel il appartient, *dès lors qu'il relève de l'action des pouvoirs publics nationaux*. Or, une telle présomption laisse à ceux-ci le soin de déterminer dans un premier temps le domaine d'une *exception*, par leur simple décision de faire dépendre un secteur de l'État ou d'une collectivité publique. Elle nous paraît donc plus discutable que celle tirée de la constatation objective que l'activité d'un secteur déterminé relève ou ne relève pas des activités spécifiques de l'administration et que, par suite, la plupart des emplois concernés répondent ou ne répondent pas aux conditions de la définition communautaire de l'administration publique.

108. En outre, il nous paraît utile de rappeler que votre Cour, dans le cadre des articles 30 et 36 du traité, a déjà consacré, d'une manière très comparable, un raisonnement en deux étapes intégrant une présomption.

109. Elle l'a fait dans deux arrêts du 21 mars 1991, Delattre [32], et Monteil et Samanni [33].

110. La question alors en cause était celle du monopole des pharmaciens, en tant qu'il était susceptible de constituer une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation, au sens de l'article 30 du traité [34].

111. Pour l'appréciation d'une justification du monopole, vous avez établi une distinction entre deux types de marchandises [35], à savoir entre les « médicaments » et d'autres produits, comme ceux dits de « parapharmacie ».

32 — C-369/88, Rec. p. I-1487.

33 — C-60/89, Rec. p. I-1547.

34 — Voir points 50 et 51 de l'arrêt Delattre et points 37 et 38 de l'arrêt Monteil et Samanni. Votre arrêt du 24 novembre 1993, Keck et Mithouard (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097), pourrait désormais exclure qu'un monopole de commercialisation, en tant que relevant des modalités de vente d'un produit, puisse entrer dans le domaine d'application de l'article 30 du traité. Cette observation n'enlève cependant rien au fait que dans les deux arrêts analysés vous avez eu recours à une présomption dans le cadre de l'article 30 du traité, relatif à l'une des grandes libertés reconnues par celui-ci à côté de la libre circulation des travailleurs.

35 — De façon comparable dans la présente affaire, nous vous proposons de distinguer entre deux types d'activités.

112. S'agissant des médicaments, vous avez estimé que, compte tenu du « caractère très particulier du produit et du marché en cause » [36], le monopole des pharmaciens pouvait « [...] être *présumé* constituer une forme adaptée de protection de la santé publique » [37], c'est-à-dire relever de l'exception de l'article 36 du traité. Cette présomption admise, vous avez précisé que « la *preuve contraire* [pouvait] être rapportée pour certains médicaments, dont l'utilisation ne ferait pas courir de dangers sérieux à la santé publique et pour lesquels la soumission au monopole des pharmaciens apparaîtrait manifestement disproportionnée [...] » [38].

113. S'agissant des autres produits, vous avez au contraire jugé que, « [...] si un monopole est conféré aux pharmaciens pour leur commercialisation, la nécessité de ce monopole, pour la protection de la santé publique ou des consommateurs, doit [...] *être établie dans chaque cas* » [39].

114. En ce qui concerne les médicaments, votre Cour a ainsi attribué à la Commission ou à un opérateur économique la charge de la preuve contraire. En ce qui concerne les autres produits, elle a attribué aux États membres la charge d'établir positivement que le monopole des pharmaciens, en tant qu'exception à la libre circulation des marchandises, était justifié par les besoins de la protection de la santé publique au sens de l'article 36 du traité.

115. L'analogie entre cette analyse et la voie que nous vous proposons de suivre nous paraît de nature à lever une éventuelle hésitation.

b) Sur les grandes lignes d'une distinction selon les secteurs d'activité

116. La classification opérée par la Commission dans sa communication 88/C 72/02, précitée, constitue un élément de référence utile aux fins d'une distinction selon les secteurs d'activité des pouvoirs publics nationaux.

117. Comme la Commission, nous estimons qu'au sens de votre jurisprudence les activités spécifiques de l'administration publique exercées par l'État et les collectivités publiques sont liées essentiellement à la défense nationale, la sécurité intérieure, les finances publiques, la justice et les affaires étrangères, ainsi qu'aux emplois relevant des ministères de l'État, des collectivités régionales ou locales, des autres organes assimilés et des banques centrales. Dans ces secteurs, l'activité des services s'articule en effet spécifiquement autour d'un pouvoir politique ou judiciaire.

36 — Point 54 de l'arrêt Delattre et point 41 de l'arrêt Monteil et Samanni.

37 — Point 56 de l'arrêt Delattre et point 43 de l'arrêt Monteil et Samanni, souligné par nous.

38 — Ibidem.

39 — Point 57 de l'arrêt Delattre et point 44 de l'arrêt Monteil et Samanni, souligné par nous.

118. Comme la Commission également, nous pensons que d'autres activités sont en revanche éloignées des activités spécifiques de l'administration publique, telle que définie par votre Cour. Il s'agit en particulier des activités des organismes chargés de gérer un service commercial (transports publics terrestres, aériens ou maritimes, distribution d'eau, d'électricité ou de gaz, postes et télécommunications, radiotélédiffusion, etc.), des services opérationnels de santé publique, de l'enseignement dans les établissements publics, de la recherche à des fins civiles dans les établissements publics. En effet, pour chacune de ces activités, il peut être observé soit qu'elle existe également dans le secteur privé, soit qu'elle peut être exercée dans le secteur public sans condition de nationalité.

119. S'agissant des activités musicales et lyriques, nous sommes d'avis qu'elles se rattachent manifestement à la seconde catégorie, celle des activités éloignées des activités spécifiques de l'administration publique.

B — *La mise en œuvre du choix opéré*

120. Procédons à présent à l'analyse des secteurs visés par la requête de la Commission, à l'effet d'en tirer toutes conséquences de droit quant à l'existence d'un manquement de la République hellénique (1). Avant de conclure sur ce dernier point, nous nous interrogerons sur le bien-fondé des moyens qui, selon la partie défenderesse, s'opposent à ce que vous accueilliez la requête (2).

1) *Analyse des secteurs d'activité visés par la requête de la Commission*

121. Au regard des critères de distinction que nous avons exposés [40], tous les secteurs d'activité litigieux sont éloignés des activités spécifiques de l'administration publique.

122. Il y a donc lieu de considérer que la plupart des emplois qu'ils comprennent ne remplissent pas les conditions de la définition communautaire de l'administration publique. Par suite, ces secteurs d'activité relèvent a priori de l'article 48, paragraphes 1 à 3, du traité. Il appartient aux pouvoirs publics nationaux d'établir, pour des emplois déterminés, que les conditions de l'article 48, paragraphe 4, sont remplies.

123. La démarche de la République hellénique devrait ainsi consister à ouvrir l'accès aux secteurs litigieux aux travailleurs communautaires, sous la seule réserve d'exceptions positivement énoncées par référence à la définition communautaire de l'administration publique.

40 — Points 117 à 119 ci-dessus.

124. Force est de constater que telle n'est pas la solution retenue par le droit national mis en cause.

125. Notre description du droit positif hellénique [41] montre que, dans les secteurs considérés, la condition de nationalité est la règle et que l'accès des ressortissants d'autres États membres demeure l'exception.

126. Les exceptions existent essentiellement pour certains types d'emplois.

127. A la lumière de notre interprétation de l'article 48, paragraphe 4, du traité, la République hellénique est donc susceptible de se voir imputer un manquement à ses obligations communautaires, en des termes cependant différents de ceux de la requête, dont la formulation, trop générale, est de nature à faire penser, à tort, que le droit hellénique actuel n'admet aucune exception à la condition de nationalité.

128. Avant d'aboutir à cette conclusion, il nous reste à examiner les moyens que l'État défendeur oppose à la Commission.

41 — Points 35 et suiv.

2) *Moyens opposés par la partie défenderesse*

129. La République hellénique oppose spécialement quatre moyens à la requête. Le premier est fondé sur une disposition de sa constitution (a). Le deuxième est tiré de difficultés politiques internes (b). Le troisième, relatif au secteur des transports maritimes, est fondé sur le décret présidentiel n° 12/1992, précité (c). Dans le cadre de son quatrième moyen, la partie défenderesse invoque une décision judiciaire et une décision administrative individuelle nationales en ce qui concerne le secteur des activités musicales et lyriques (d).

a) Article 4, paragraphe 4, de la constitution hellénique

130. L'article 4, paragraphe 4, de la constitution hellénique dispose que « seuls les citoyens grecs sont admis à toutes les fonctions publiques, hormis les exceptions introduites par des lois particulières. »

131. Sur ce point, il suffira de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie [42], la primauté du droit communautaire existe à

42 — Ordonnance du 22 juin 1965, San Michele/Haute Autorité (9/65, Rec. 1967, p. 35, 37); arrêts du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125, point 3), et du 13 juillet 1972, Commission/Italie (48/71, Rec. p. 529, points 8 et 9).

l'égard de toute norme nationale, même d'ordre constitutionnel.

132. En conséquence, l'article 4, paragraphe 4, précité, ne constitue pas un obstacle à la constatation d'un manquement.

133. En tout état de cause, nous soulignerons qu'il n'est pas exclu que l'expression « fonctions publiques » utilisée par cet article puisse être interprétée dans un sens parfaitement compatible avec votre définition de l'administration publique, auquel cas une réforme constitutionnelle ne s'imposerait pas dans l'ordre juridique interne [43].

b) Difficultés politiques internes

134. Le gouvernement hellénique fait valoir que, dans le cadre des efforts entrepris en vue de concilier la conception « fonctionnelle » et la conception « organique » des emplois dans le secteur public, il a élaboré un projet de loi relatif à l'accès des ressortissants communautaires aux emplois du secteur public, qui devait être soumis au vote du Parlement au cours du mois de février 1993.

135. Il ajoute que le projet n'a cependant été soumis au Parlement qu'au mois d'avril 1993 et que la procédure parlementaire n'a pu être achevée en raison de la dissolution anticipée de l'assemblée nationale en vue d'élections législatives fixées au 10 octobre 1993.

136. Nous observerons que le projet de loi a été communiqué à la Commission le 1er février 1993, soit plusieurs mois après l'expiration du délai de deux mois imparti par les sept premiers avis motivés envoyés le 13 juillet 1992.

137. Même si le projet avait été voté au mois de février 1993, il n'aurait donc pu faire obstacle à la constatation d'un manquement à l'expiration du délai imparti par les avis motivés.

138. Surabondamment, nous rappellerons que des circonstances politiques internes ne peuvent justifier l'inobservation par un État des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire. En particulier, ne peuvent être invoqués des retards dans une procédure législative, liés par exemple à la dissolution d'une assemblée parlementaire [44]. Selon votre formule traditionnelle, « [...] un État membre ne saurait exciper de disposi-

43 — La disposition constitutionnelle ne semble d'ailleurs pas avoir représenté un obstacle pour la juridiction nationale ayant statué dans une affaire concernant un musicien en litige avec le maire d'Athènes [décision invoquée par le gouvernement hellénique: voir ci-après sous d)].

44 — Voir, notamment, arrêts du 5 mai 1970, Commission/Belgique (77/69, Rec. p. 237, attendus 13 et 15); du 2 mars 1982, Commission/Italie (94/81, Rec. p. 739, points 4 et 5); du 18 septembre 1984, Commission/Italie (221/83, Rec. p. 3249, point 8 et 9), et du 27 avril 1988, Commission/Italie (225/86, Rec. p. 2271, points 6 et 10).

tions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire ».

c) Décret présidentiel n° 12/1992

139. En ce qui concerne le secteur des transports maritimes, le gouvernement défendeur estime que le recours est sans objet, depuis l'adoption du décret présidentiel n° 12/1992, précité, texte qu'il a notifié à la Commission le 18 mars 1993.

140. Selon lui, la condition de nationalité hellénique a été supprimée par ce décret dans le secteur des transports maritimes.

141. La Commission relève que le décret présidentiel a supprimé la condition de nationalité pour l'accès aux emplois sur les « navires de commerce », à l'exception des emplois de capitaine et d'adjoint légal du capitaine. Elle n'est pas convaincue que l'expression « navires de commerce » couvre la totalité des transports maritimes.

142. A la lecture du texte, et sous réserve d'une étude approfondie du droit national en la matière, il semble que le décret ait une portée générale: l'article 1er vise « en particulier », c'est-à-dire de façon non exhaustive, l'article 57 du code de droit maritime public ainsi que d'autres dispositions, et l'article 2, paragraphe 2, dispose que dans la législation en vigueur en matière d'emploi dans la marine marchande hellénique, les termes « marins grecs » ou « nationaux » doivent être entendus comme désignant également les ressortissants des autres États membres.

143. Cependant, votre Cour n'aura pas à trancher la question posée par les analyses divergentes des parties.

144. En effet, le décret présidentiel date du 31 décembre 1992, a été publié au *Journal officiel de la République hellénique* du 1er février 1993 et, conformément à son article 4, est entré en vigueur à cette dernière date. La modification du droit national est donc postérieure à l'expiration du délai imparti par l'avis motivé.

145. Or, vous avez jugé [45]:

« [...] en raison de l'importance attachée par le traité à l'action en manquement dont dis-

45 — Arrêt du 10 mars 1970, Commission/Italie (7/69, Rec. p. 111, attendu 5).

pose la Communauté contre les États membres, l'article 169 a entouré cette procédure de garanties qui peuvent être d'autant moins négligées que cette action a pour conséquence l'obligation faite par l'article 171 aux États membres de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour;

[...] celle-ci ne peut donc statuer [...] sur le manquement consécutif à une modification législative intervenue en cours d'instance sans porter atteinte aux droits de l'État membre à faire valoir ses moyens de défense sur la base d'une articulation des griefs dans le cadre de la procédure prévue à l'article 169. »

146. Dans le présent litige, il incombera à la Commission d'engager éventuellement, en ce qui concerne les effets du décret-présidentiel n° 12/1992, une nouvelle procédure en manquement sur le fondement, désormais, de l'article 171, paragraphe 2, du traité CE, et de saisir au besoin la Cour du manquement précis qu'elle entendrait faire sanctionner [46].

d) Décision judiciaire et décision administrative individuelle nationales

147. Dans son mémoire en défense [47], la République hellénique a d'abord affirmé, en ce qui concerne les musiciens employés par des organismes d'État ou par des organismes municipaux ou communaux, que « [...] l'organe de désignation compétent ne [pouvait] pas ne pas tenir compte du fait que l'emploi [appartenait] à l'administration publique [...] »

148. S'agissant du cas du musicien de l'orchestre philarmonique d'Athènes, visé par la Commission dans sa requête [48], l'État défendeur souligne [49] qu'une juridiction du premier degré, le Monomeles Protodikeio Athinon, par jugement n° 2228/1992:

— a expressément rappelé que la notion d'administration publique est une notion de droit communautaire définie par « les dispositions de droit communautaire pertinentes qui ont été interprétées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes »,

— a conclu que « [...] les dispositions combinées du droit communautaire et de la législation hellénique ne font pas obstacle à ce que le demandeur, ressortissant étranger, employé en tant que musicien par le défendeur et ne participant en rien à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, soit engagé sous contrat à durée indéterminée [...] »

46 — Voir même arrêt, attendu 6.

47 — Partie A, sous b).

48 — Partie I, A, point 8, de la requête. Voir, également, point 64 des présentes conclusions.

49 — Mémoire en défense, partie B, point 5.

149. Dans son mémoire en duplique [50], le gouvernement hellénique soutient que le recours en manquement est désormais sans objet, dans la mesure où cette affaire a été réglée définitivement, en faveur du musicien intéressé: une décision n° 870 du 23 février 1995, prise par le maire d'Athènes, a réformé la décision litigieuse antérieure et a converti le contrat du musicien en contrat à durée indéterminée.

150. Le moyen ainsi développé nous paraît manifestement inopérant.

151. La décision juridictionnelle nationale, rendue le 29 mai 1992, est certes antérieure à l'avis motivé du 3 mars 1993 relatif aux musiciens. La décision administrative du maire d'Athènes est en revanche postérieure à l'expiration du délai imparti par cet avis motivé.

152. Surtout, le fait qu'une juridiction nationale du premier degré, tirant les conséquences de l'applicabilité directe de l'article 48 du traité, ait jugé dans une affaire particulière que l'accès à un emploi à durée indéterminée ne pouvait être subordonné à une condition de nationalité hellénique ne supprime pas à l'évidence, à l'égard de tous les ressortissants communautaires, la norme ou la pratique nationale dont l'application était en cause.

50 — Partie B, point 3.

153. Il ne fait donc pas disparaître le manquement lié à cette norme ou à cette pratique.

154. En effet, selon une jurisprudence constante [51]:

« [...] la primauté et l'effet direct des dispositions du droit communautaire ne dispensent pas les États membres de l'obligation d'éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire; en effet, leur maintien engendre une situation de fait ambiguë, en laissant les sujets de droit concernés dans un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire. »

155. Aucun des moyens invoqués par la République hellénique n'étant fondé, nous vous proposerons de constater le manquement dans les termes de notre conclusion finale.

51 — Voir arrêt du 24 mars 1988, Commission/Italie (104/86, Rec. p. 1799, point 12). Voir, dans le même sens, arrêts du 4 avril 1974, Commission/France (167/73, Rec. p. 359, point 41), et du 14 juillet 1988, Commission/Grèce (38/87, Rec. p. 4415, point 9).

Conclusion

156. En conséquence, nous concluons à ce qu'il plaise à votre Cour déclarer et arrêter:

« 1) En ne limitant pas l'exigence d'une condition de nationalité hellénique à l'égard des travailleurs ressortissants des autres États membres pour l'accès aux seuls emplois comportant 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, dans les secteurs publics de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, dans les services opérationnels de santé publique, dans les secteurs de l'enseignement public, des transports maritimes et aériens, des chemins de fer et des transports publics urbains et régionaux, de la recherche civile, des postes, télécommunications et radiotélévision, ainsi qu'à l'opéra Ethniki Lyriki Skini et dans les orchestres municipaux et communaux, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 48 du traité CEE et des articles 1er et 7 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

2) La République hellénique est condamnée aux dépens. »