

CONSEIL D'ÉTAT
Section de l'administration

Assemblée générale
Séance du 11 septembre 2014

N° 389022

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS

PROJET D'AVIS

Le Conseil d'Etat, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis relative à la possibilité de nommer un ressortissant étranger à la tête de l'Agence nationale de la recherche, et tendant en particulier à savoir si :

1° La présidence d'un établissement public, assorti de l'exercice de la direction générale, peut être confiée, eu égard à la nature des pouvoirs conférés, à un ressortissant étranger ;

2° La circonstance qu'il s'agisse d'un emploi à la décision du Gouvernement peut faire obstacle à une telle nomination ;

3° Une disposition législative est nécessaire pour l'autoriser ;

4° La nature des missions d'un établissement public peut en outre faire obstacle à la nomination d'un ressortissant étranger comme président-directeur général ;

Vu la Constitution ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le code de l'éducation, notamment son article L. 712-2 ;

Vu le code de la recherche, notamment son article L. 311-1 et ses articles L. 329-1 à L. 329-7 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, ensemble la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ;

Vu le décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 modifié portant application de l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement ;

Vu le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 modifié relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ;

Vu le décret n° 2006-963 du 1^{er} août 2006 modifié portant organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de la recherche ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

1. L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation ». L'article 3 de la

Constitution de 1958 dispose quant à lui, dans son premier alinéa, que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Il résulte de ces dispositions, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, qu'« en principe ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère, ou représentant un organisme international, des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale ».

2. Si, pour le Conseil constitutionnel, certaines fonctions ne peuvent en principe pas être exercées par des ressortissants étrangers, la Cour de justice de l'Union européenne a de son côté imposé que certains emplois publics soient ouverts aux ressortissants de l'Union.

L'article 45 paragraphe 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que les droits liés à la libre circulation des travailleurs ne sont pas applicables aux « emplois dans l'administration publique ». Interprétant cette disposition, notamment dans son arrêt C-149/79 du 17 décembre 1980 *Commission c/ Royaume de Belgique*, la Cour de justice de l'Union européenne a limité cette restriction aux 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'Etat 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 des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité ».

En application de cette jurisprudence, la loi a ouvert l'accès aux emplois publics aux ressortissants de l'Union en posant une double limite à cet accès : si, aux termes de l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « Sous réserve des dispositions de l'article 5 *bis*, nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : 1. S'il ne possède la nationalité française... », l'article 5 *bis* de la même loi dispose, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, que « Les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. Toutefois, ils n'ont pas accès aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques ».

Dans certains domaines, le législateur, sans méconnaître le cadre constitutionnel rappelé au point 1, est allé au-delà des exigences du droit de l'Union telles que retranscrites dans le statut général des fonctionnaires en ouvrant plus largement l'accès des étrangers aux corps de fonctionnaires titulaires. L'article 30 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur, dont la substance est aujourd'hui reprise à l'article L. 952-6 du code de l'éducation, disposait ainsi que « En dérogation au statut général de la fonction publique, les enseignants de nationalité étrangère peuvent, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat, être nommés dans un corps d'enseignants de l'enseignement supérieur ». L'article L. 712-2 du code de l'éducation, issu de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, prévoit quant à lui que « Le président de l'université est élu à la majorité absolue des membres du conseil d'administration parmi les enseignants-chercheurs, chercheurs, professeurs ou maîtres de conférences, associés ou invités, ou tous autres personnels assimilés, sans condition de nationalité ».

3. Ces dispositions législatives ne concernent que le recrutement de fonctionnaires. Les agents publics contractuels ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 qui, sous réserve de celles de l'article 5 *bis*, réservent la qualité de fonctionnaire aux personnes ayant la nationalité française.

Dans un avis du 17 mai 1973 (n° 310.715), le Conseil d'Etat a ainsi constaté qu' « aucune disposition législative actuellement en vigueur ni aucun principe du droit public français n'interdit de façon générale de recruter un étranger comme agent de l'Etat en qualité de contractuel ou d'auxiliaire et qu'il appartient au Gouvernement, sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, d'apprécier, compte tenu notamment de la mission de chaque service et de la nature des fonctions à exercer, s'il y a lieu de recruter des étrangers en qualité de contractuels ou d'auxiliaires ». Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a par conséquent été conduit à censurer des dispositions réglementaires privant des étrangers de l'accès à certaines fonctions. Ainsi l'arrêt d'Assemblée GISTI du 23 mai 2006 (n° 273638) a-t-il annulé pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi des dispositions réglementaires privant certains artisans étrangers de la possibilité d'être élus dans les chambres des métiers et de l'artisanat, au motif que les prérogatives dévolues à ces chambres n'étaient pas d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles puissent fonder légalement une différence de traitement entre les artisans quant à leur éligibilité aux chambres des métiers et de l'artisanat reposant sur leur nationalité.

Le recrutement d'agents non titulaires n'est donc pas ouvert aux seuls ressortissants de l'Union ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Les seules limites concernant le recrutement d'étrangers en qualité d'agents contractuels ou auxiliaires résultent de la nature des missions - conformément à la jurisprudence constitutionnelle, les fonctions dévolues doivent être séparables de l'exercice de la souveraineté nationale - et, le cas échéant, des engagements internationaux éventuellement souscrits par la France.

Depuis sa modification par le décret n° 2014-364 du 21 mars 2014, le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat dispose cependant, dans son article 3-1, que « Les agents contractuels de nationalité étrangère ou apatrides ne peuvent être recrutés pour pourvoir des emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Cet article aligne ainsi la possibilité de recruter des agents non titulaires sur celle des fonctionnaires, à la différence près que l'ouverture n'est pas limitée aux ressortissants de l'Union.

4. La notion d'emploi de souveraineté contribue à déterminer la possibilité de réserver un emploi aux seuls ressortissants nationaux.

Comme l'a indiqué le Conseil d'Etat dans un avis du 31 janvier 2002 relatif aux conditions et modalités d'ouverture des corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique française aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen (n° 366.313), « 1. Doivent être regardés comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou d'autres collectivités publiques : a) d'une part, l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes ; b) d'autre part, la participation, à titre principal, au sein d'une

personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle. 2. Les missions confiées aux ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères sont, en principe, de nature régaliennne. Il en résulte que l'accès aux emplois dans ces ministères peut être présumé fermé aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen. Cette présomption ne saurait toutefois conduire à exclusion de l'ouverture aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen les emplois dont il apparaîtrait, à l'occasion de l'examen d'ensemble auquel chacun de ces ministères procédera, qu'ils n'impliquent pas l'exercice de l'une des missions mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus. 3. Pour les autres administrations de l'État et pour les autres collectivités publiques, l'accès aux emplois qu'elles comportent n'est fermé aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen que si ces emplois impliquent l'exercice de l'une des missions mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus. »

5. D'une part, sauf exception résultant d'une disposition législative, et hormis le cas où ces emplois sont régis par un statut d'emploi fixé par un décret en Conseil d'Etat qui en réserverait l'accès à des fonctionnaires, la nomination dans des fonctions de président exécutif ou de directeur général d'un établissement public ne confère pas à leur titulaire, s'il ne l'a pas par ailleurs, la qualité de fonctionnaire, ainsi que le prévoit expressément l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984. Dès lors, la nomination à ces emplois n'est pas régie par les articles 5 et 5 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Elle ne l'est pas davantage par les dispositions du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 précité, qui ne s'appliquent pas aux agents recrutés en vertu du 1° de l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

D'autre part, la seule circonstance qu'un dirigeant d'établissement public dispose du fait de ses fonctions, et indépendamment des prérogatives dévolues à l'établissement public pour l'exercice de ses missions, de prérogatives de puissance publique telles que le pouvoir de police, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir d'ordonnancement, ne suffit pas à le faire regarder comme exerçant des fonctions inséparables de la souveraineté nationale.

La circonstance qu'un emploi soit à la décision du Gouvernement ne peut non plus être regardée comme caractérisant l'exercice par le titulaire de cet emploi de fonctions inséparables de la souveraineté nationale. En effet, au-delà de la liste résultant du décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 fixant, en application de l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement, la jurisprudence administrative a retenu une conception extensive de cette catégorie d'emplois, qui inclut non seulement ceux dont les titulaires sont des exécutants directs de la politique du Gouvernement et sont investis à ce titre d'une part de l'autorité de l'Etat, mais également ceux qui confèrent de vastes responsabilités administratives et de gestion, dans le cadre notamment d'un établissement public.

En revanche, la nature des missions confiées à un établissement public est un critère pertinent pour apprécier si les fonctions exercées sont inséparables de la souveraineté nationale. Il en est ainsi si les missions de l'établissement public sont elles-mêmes inséparables de la souveraineté nationale. Il en va également ainsi lorsque, indépendamment des prérogatives dont dispose le président-directeur général du fait de ses fonctions, ce dernier est conduit à exercer des fonctions inséparables de la souveraineté nationale, soit parce que l'établissement

public est en charge d'intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques supposant l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat, soit parce que l'établissement est doté de prérogatives de puissance publique d'une nature et d'une ampleur particulières.

Dans de telles hypothèses, une disposition législative ne pourrait, eu égard aux limites fixées par la jurisprudence constitutionnelle, autoriser la nomination d'un ressortissant étranger dans cet emploi.

La réponse serait la même, eu égard à la nature de ses fonctions, si le président de l'établissement public n'exerçait pas également la direction générale de l'établissement.

6. Dans le cas qui lui est soumis par le Gouvernement, le Conseil d'Etat observe que l'Agence nationale de la recherche, établissement public administratif qui a notamment pour missions, aux termes de l'article 2 du décret n° 2006-963 du 1^{er} août 2006 portant organisation et fonctionnement de cet établissement, « 1° de financer et de promouvoir le développement des recherches fondamentales et finalisées, l'innovation technique et le transfert de technologie ainsi que le partenariat entre le secteur public et le secteur privé », « 2° de mettre en œuvre la programmation arrêtée par le ministre chargé de la recherche qui recueille l'avis des ministres exerçant la tutelle d'organismes de recherche ou d'établissements publics d'enseignement supérieur » et « 3° de gérer de grands programmes d'investissement de l'Etat dans le champ de l'enseignement supérieur et de la recherche, et de suivre leur mise en œuvre », est chargée de mettre en œuvre la politique de recherche arrêtée par le gouvernement en sélectionnant des projets et en distribuant des subventions. De telles missions ne conduisent pas le président de cet établissement public, qui assure la direction générale, à exercer des fonctions inséparables de la souveraineté nationale.

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat (assemblée générale) dans sa séance du 11 septembre 2014.