

# L'accès des étrangers à l'emploi public

L'interdiction des discriminations selon la nationalité doit constituer le pilier central de la politique d'intégration, en particulier dans le domaine de l'accès à l'emploi public. Juridiquement on peut obtenir des ouvertures en faveur des étrangers des Etats membres de l'UE/AELE en s'appuyant sur les accords bilatéraux. Pour les étrangers des pays dits «tiers», il y a lieu de se référer à la Constitution.

A l'occasion de la révision totale de la loi sur les étrangers, on observe que l'intégration a été, à maintes reprises, utilisée comme un motif justifiant l'adoption de nouvelles obligations auxquelles les étrangers en provenance des Etats dits «tiers» sont soumis. C'est ce qu'on appelle le phénomène d'instrumentalisation de l'intégration. Quelques exemples:

■ Dans le domaine de l'admission en vue de l'exercice d'une activité économique, le système dual ou binaire prévoit notamment que l'étranger doit être qualifié pour pouvoir obtenir une autorisation. Cette exigence est motivée non seulement par les besoins économiques, mais également par les prétendus problèmes d'intégration que posent les étrangers non qualifiés. Comme si leur aptitude à s'intégrer dépend uniquement de leur statut professionnel. Alors qu'en réalité la volonté personnelle est un élément décisif.

■ S'agissant du regroupement familial concernant les enfants, la limitation dans le temps ou en fonction de leur âge repose également sur des arguments liés à leur intégration.

■ En outre, l'octroi d'une autorisation de séjour ou de courte durée peut être assortie de l'obligation de participer à un cours de langue ou d'intégration.

On doit sortir de cette logique et promouvoir une politique d'intégration loyale, respectueuse de la dignité de l'étranger. Afin d'y parvenir, on considère qu'il est absolument indispensable de s'engager dans la lutte contre les discriminations. Le champ d'action est vaste, car cela concerne non seulement les activités étatiques, mais également celles de la société civile. L'accès à l'emploi public constitue, bien entendu, un des secteurs clé. Les collectivités publiques sont les plus grands employeurs de Suisse.

On ne saurait cependant sous-estimer la complexité du problème. D'une part, le secteur public connaît une longue tradition selon laquelle les emplois publics sont réservés aux nationaux, même si, à l'heure actuelle, la tendance s'est inversée. En droit fédéral de la fonction publique, le critère de la nationalité n'est utilisé qu'à titre d'exception, c'est-à-dire dans des situations où l'accomplissement de la tâche implique l'exercice de la puissance publique. D'autre part, les collectivités publiques sont habilitées à prévoir un régime juridique propre pour leur personnel. On est donc confronté non pas à un système, mais à une variété de statuts.

## Des dispositions importantes

*«Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou physique.» (art. 8, al. 2 Cst)*

C'est une disposition emblématique qui a déjà été passablement commentée par d'éminents auteurs. Elle trouve pleinement application lorsqu'il s'agit de l'accès des étrangers à l'emploi public. Le maniement de cette norme est difficile, car au plan doctrinal, il y a encore des divergences. Cependant, on peut dire qu'une distinction fondée sur un des critères mentionnés est présumée discriminatoire, dépréciative. Il incombe à l'autorité de démontrer que la mesure en question n'a ni but ni effet dépréciatif.

Pour ce qui est du droit des migrations, il existe une norme d'une importance centrale, mais qui n'est pas très connue:

*«Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas discriminés en raison de leur nationalité.» (art. 2 Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et la CE du 21.6.1999, ALCP)*

Cette disposition a un champ d'application personnel plus restreint que l'article 8, alinéa 2 Cst. Cependant, elle a une grande portée, proche de l'égalité formelle.

Du point de vue de l'application du principe de non-discrimination dans le domaine de l'emploi public, il faut prendre en considération les dispositions suivantes:

*«Le ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques.» «L'indépendant peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.» (art. 10 et 16 Annexe I-ALCP)*

## Deux problèmes fondamentaux

S'agissant de l'accès à l'emploi public, la mise en œuvre des normes relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité connaît deux problèmes: l'élimination de la condition de la nationalité et la reconnaissance de plusieurs éléments tels que l'expérience professionnelle, l'ancienneté, les diplômes ou encore la formation professionnelle.

■ *L'élimination de la condition de la nationalité.* Selon la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), les dispositions limitant l'accès à un emploi public doivent être interprétées de manière restrictive et fonctionnelle. C'est le contenu de la fonction qui importe, non l'institution concernée dans le statut public ou privé qui peut varier d'un Etat à l'autre. En d'autres termes, c'est la nature des tâches et des responsabilités qui est décisive (critère fonctionnel) et non la notion d'administration publique tirée de la législation nationale de chaque Etat (critère institutionnel). En effet, les phénomènes de 'privatisation' ou 'd'étatisation' ne se déploient pas de la même manière d'une collectivité publique à une autre, d'où la pertinence du critère fonctionnel. C'est pourquoi, on doit être en présence *«d'une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et/ou aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques.»*

In concreto, la Belgique, le Luxembourg, la Grèce et l'Allemagne, ont été condamnés parce qu'ils ne limitaient pas la condition de la nationalité s'agissant de l'accès aux emplois dans les domaines comme la distribution d'eau, de gaz et d'électricité, l'enseignement, la recherche, la santé, les transports, les postes et télécommunications, la radio-télévision, les orchestres ou encore l'opéra.

Voici d'autres exemples:

- En Belgique, ne participent pas à l'administration publique les infirmiers, plombiers, électriciens, jardiniers auprès des administrations communales.
- En France, ne participent pas à la fonction publique sauf s'ils atteignent un certain niveau de responsabilité les infirmiers ou infirmières dans des hôpitaux publics qu'ils soient statutaires ou contractuels.

- En Italie, il en va de même d'un chercheur au Conseil national de la recherche sans fonction de direction ou de conseil de l'Etat, d'un enseignant universitaire ou d'un enseignant dans l'école secondaire.
- Dans certaines professions, comme par exemple celle d'avocat, la même approche fonctionnelle est de mise. Seules les fonctions détachables (curateur de faillite entre autres) peuvent être interdites.

■ *La reconnaissance des éléments acquis.* La non prise en considération des éléments de qualification (diplôme, expérience, ancienneté), ou des exigences spécifiques comme les connaissances linguistiques, est un obstacle majeur.

18 Le cas de la langue est typique. Il est admis que dans le secteur public, la connaissance de la langue du pays est indispensable. Toutefois, faut-il exiger systématiquement une très bonne connaissance? Faut-il que le non-national fournisse un certificat national attestant des compétences linguistiques ou qu'il se soumette à un test de langue? Sur ce point, la CJCE relève qu'un poste permanent de professeur à plein-temps dans les institutions publiques d'enseignement professionnel est un emploi de nature à justifier l'exigence de connaissances linguistiques, pour autant que celle-ci s'inscrive dans le cadre d'une politique de promotion de la langue nationale qui est en même temps la première langue officielle et que cette exigence soit mise en œuvre de façon proportionnée et non discriminatoire.

S'agissant de l'expérience acquise dans un autre Etat, la CJCE considère que lorsqu'un organisme public d'un Etat membre, à l'occasion du recrutement de personnel pour des postes qui ne relèvent pas de l'administration de puissance publique, prévoit de prendre en compte les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, cet organisme ne peut, à l'égard des ressortissants communautaires, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans le service public de ce même Etat membre ou dans celui d'un autre Etat membre. En l'espèce, il s'agit d'un litige portant sur le classement des candidats à l'issue d'un concours général sur titres et épreuves visant à pourvoir à des emplois d'agent de restauration dans une université italienne. Pour la CJCE, le refus de prendre en considération la période de travail accomplie par une personne d'origine allemande dans le service public allemand, en vue de son classement final, constitue une discrimination indirecte non justifiée.



## Zugang zu Stellen im öffentlichen Sektor

### Une loi contre les discriminations?

Par le truchement de l'Accord sur la libre circulation des personnes, la jurisprudence de la CJCE trouve application en Suisse pour les étrangers en provenance des pays membres de l'UE/AELE. Les personnes intéressées bénéficient d'un véritable droit à l'interdiction des discriminations selon la nationalité, droit qu'elles peuvent déduire en justice. En outre, il existe tout un mécanisme de reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres. C'est dire que les dispositions de l'Accord constituent des leviers juridiques extrêmement importants dans la lutte contre les discriminations lorsqu'il s'agit notamment de l'accès à l'emploi public.

On ne saurait cependant ignorer que, sous réserve des cas relevant du regroupement familial et de la catégorie des travailleurs détachés, les ressortissants des Etats dits «tiers» ne peuvent pas se référer aux textes constituant le système des accords bilatéraux. Et c'est précisément sur ce point que l'article 8, alinéa 2 Cst a tout son sens, car il peut être invoqué par quiconque. Mais, au vu des difficultés liées au maniement de cette norme, il vaudrait la peine de réfléchir sur une loi d'application de l'article 8, alinéa 2 Cst c'est-à-dire une loi contre les discriminations. Et un des chapitres d'une telle loi doit être consacré à l'accès à l'emploi public.

*Auf rechtlicher Ebene stellt das Diskriminierungsverbot einen grundlegenden Pfeiler der Integration dar. An das Prinzip der Gleichbehandlung ist auch die Verwaltung gebunden. Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Schweizerinnen und Schweizern gleichgestellt. Personen aus so genannten Drittstaaten können sich im Hinblick auf den Zugang zu Stellen im öffentlichen Dienst jedoch lediglich auf das verfassungsmässig garantierte Diskriminierungsverbot stützen. Dieses sieht keinen Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vor. Eine ernst zu nehmende Integrationspolitik sollte deshalb dringend auf die Gleichbehandlung aller Ausländerinnen und Ausländer hinwirken, unabhängig von ihrer jeweiligen Staatsangehörigkeit.*

19



**Marco Utz**, Ko-Präsident vitaswiss, Sektion Bern  
«Wir wollen ja nicht einfach nur neue Mitglieder gewinnen... Ich möchte die Integration nicht bei der Mitgliedschaft stehen lassen, sondern (die Migrantinnen) in den Bereich der Organisation oder dann sogar in den Bereich der Führung einbeziehen.»