Libre circulation et secteur public

*par Gillian Morris *, Sandra Fredman ** et Jon Hayes ****

L'article 48 du Traité de Rome prévoit la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne à l'exception de l'administration publique. Pour la Cour européenne de Justice, l'exception ne s'applique qu'« aux seuls emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet de sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ». De plus, pour éviter des problèmes d'appréciation et de délimitation, il suffit de savoir si les postes sont « typiques des activités spécifiques de l'administration publique ». Cette approche large n'est pas sans poser des difficultés d'interprétation. En Grande-Bretagne, une loi dite des relations raciales (RRA) interdit la discrimination en matière d'emploi pour des « raisons raciales ». La RRA incorpore donc le principe de libre circulation, à l'exception là encore de la fonction publique puisque les « étrangers » ne peuvent y être employés que si les nécessités du service l'exigent. En pratique et en ce qui concerne la discrimination directe, cette restriction n'est pas réellement appliquée et la Grande-Bretagne semble se conformer à l'article 48. En revanche, des enquêtes menées dans différents secteurs de l'administration révèlent l'existence d'une discrimination indirecte. La non publicité des postes, la non-reconnaissance des équivalences de qualification, le refus de prise en charge des frais de déplacement sont en effet pratiqués par les employeurs et représentent une réelle inégalité d'accès à l'emploi à l'égard des ressortissants des États membres de la Communauté.

Avec l'achèvement du marché unique européen en 1992, le principe de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne, prévu par l'Article 48 du Traité de Rome, deviendra encore plus significatif. L'Article 48 prévoit « *l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et d'emploi* » (1). Cette disposition est renforcée et amplifiée par le règlement n° 1612/68 (2) du Conseil. Il existe cependant une réserve importante au principe de libre circulation en ce qui concerne « *les emplois dans l'administration*

* Enseignante en droit, Brunel University.

** Fellow, Exeter College, Oxford.

*** Enseignant, King's College, Londres. Les auteurs tiennent à remercier Me Philippa Watson, qui a consacré beaucoup de son temps à les aider dans l'élaboration de cet article.

Cet article a été publié dans *The industrial Law journal*, vol. 19, N. 1, March 1990. Traduction : Danielle Heed-Le Roux.

(1) Paragraphe 2.

(2) Du 15 octobre 1968.

publique » (3) ; dans ce domaine il demeure légitime que les États Membres réservent l'accès aux emplois à leurs seuls ressortissants. Le champ de l'exception de « l'administration publique » a été âprement discuté par les États membres dont historiquement les pratiques liées aux exigences de nationalité ont considérablement varié. Dans certains pays, une vaste gamme d'emplois est réservée aux ressortissants du pays. En France, par exemple, la tradition voulait que seuls les ressortissants français puissent travailler dans les écoles publiques, les collectivités locales et les services de santé ; en Belgique, en RFA et en Italie, il existe des restrictions d'une portée comparable pour l'accès à l'emploi dans le service public pour les étrangers. La Cour de Justice européenne a souligné que l'exception applicable à « l'administration publique » doit être interprétée de façon restrictive dans la mesure où la libre circulation est un principe communautaire fondamental qui doit être aussi peu que possible remis en cause (4). Dans certains pays, les restrictions ont été modifiées pour prendre en compte les décisions de la Cour de Justice (5). Il n'en demeure pas moins, cependant, des divergences de pratique. La Commission européenne a par conséquent rendu public, en 1988, un programme destiné à éliminer dans le domaine du secteur public les restrictions dont elle considère qu'elles sont en dehors du champ de l'exception (6).

Nous commencerons cet article en traçant les grandes lignes du principe de libre circulation, ainsi que le champ et les fondements de la réserve relative au service public. Nous examinerons ensuite les implications de cette disposition sur les pratiques actuelles en matière d'emploi au Royaume-Uni. En ce qui concerne la discrimination directe envers les étrangers, le Royaume-Uni occupe une place fort honorable, comparé à certains autres États membres ; les conditions formelles de nationalité sont limitées à l'Administration publique et à un petit nombre d'autres organismes publics. Il n'en va pas de même, cependant, pour la discrimination indirecte ; il existe des pratiques de recrutement dans d'autres domaines du secteur public qui peuvent véritablement constituer pour les ressortissants des autres États membres une inégalité d'accès à l'emploi. Nous conclurons notre travail en proposant certaines modifications de pratiques que le Royaume-Uni devra peut-être mettre en œuvre afin de se conformer aux exigences de la Communauté européenne.

Le principe de libre circulation

Le principe de libre circulation permet aux ressortissants des États membres, quelque soit leur lieu de résidence, « *d'accéder à une activité salariée et de l'exercer* » sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions qui régissent l'emploi des travailleurs nationaux de cet État (7). « *Les travailleurs* » ont le droit de séjourner dans un État membre « *pour les besoins de leur emploi* » (8) et de prendre un emploi disponible avec « la même priorité » que les ressortissants du pays en question (9). Ils ont également droit à une égalité de traitement par rapport aux ressortissants, en matière de logement, de formation et autres prestations sociales (10).

Les familles de ces travailleurs peuvent les rejoindre dans l'État où ils sont employés, et leurs enfants doivent pouvoir accéder aux programmes d'enseignement dans les mêmes conditions que celles en vigueur pour les enfants de cet État (11). Le concept de « travailleur », et celui d'« activité salariée » ont un « sens communautaire » qui ne peut être modifié par des lois nationales (12). Ces concepts englobent les travailleurs à temps partiel qui, par le fait même de travailler à temps partiel pourraient gagner moins que le salaire minimum — garanti par la loi dans certains pays — sans qu'intervienne le fait de savoir si leur revenu est complété par ailleurs. Cependant, les règles ne couvrent que les activités « économiques » qui sont à la fois « réelles et véritables » et excluent les activités « sur une échelle si réduite qu'on peut les consi-

(3) Article 48(4). L'article 48(3) autorise des restrictions justifiées pour des raisons « d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique », mais ces raisons doivent être liées à la conduite d'un individu et ne peuvent donc jamais se fonder sur la nationalité en tant que telle ; voir Directive 64/221 du Conseil, en date du 25 février 1964, article 3(1).

(4) Voir affaire Sotgui contre Deutsche Bundespost, aff. 152/73 [1974] Réc., 153 et les affaires évoquées plus bas.

(5) Voir par exemple C.A. Groenendijk, « Nationalité et accès aux emplois dans le service public : droit et pratique aux Pays-Bas », (1989), Netherlands International Law Review, 107. Le Règlement 1612/68, comme tous les règlements, est directement applicable ; l'Article 48 a un effet direct : Procureur du Roi contre Royer, aff. 48/75 [1976], Réc., 497.

(6) « La liberté de circulation des travailleurs et l'accès aux emplois dans le service public des États membres — action de la Commission, relative à l'application de l'Article 48(4) du Traité de la CEE ». JO 1988 C 72/2.

(7) Règlement 1612/68, article 1.

(8) Article 48(3).

(9) Règlement 1612/68, article 1.

(10) Règlement 1612/68, articles 7 et 9.

(11) Ibid., articles 10 à 12.

(12) Aff. 75/63 [1964] Réc., 1977, Hoektra (née Unger) ; Levin contre Staatssecretaris van Justitie, aff. 53/81 [1982], Réc., 1035. Il y a cependant une certaine marge de manœuvre dans la mesure où le Règlement 1612/68 donne des droits aux seules personnes qui sont des « ressortissants d'un État membre » et donc ne s'applique pas aux ressortissants non communautaires qui travaillent dans un pays de la Communauté. Ainsi, l'étendue des droits dépend de la définition de la nationalité donnée par chaque État membre.

dérer comme purement marginales et accessoires » (13).

La loi européenne interdit toute discrimination à l'encontre des ressortissants d'autres états membres, qu'elle soit directe, déguisée ou indirecte. Le règlement 1612/68 prévoit que « *toute disposition législative, réglementaire ou administrative, d'un État membre, ne pourra s'appliquer si elle limite les demandes et les offres d'emploi* », pas plus qu'elle ne s'appliquera si le but ou effet, exclusif ou principal, est d'exclure de l'emploi offert des ressortissants d'autres États membres (14). Les pratiques interdites comprennent, en particulier, celles qui demandent une procédure de recrutement spécifique pour les étrangers, ou qui « *limitent ou restreignent la publicité dans la presse ou par quelque autre media, sur les postes vacants* » (15). Une fois embauchés, les non-ressortissants ne doivent pas être traités différemment des ressortissants, pour des raisons de nationalité, en ce qui concerne toutes les conditions d'emploi ou de travail, y compris la rémunération, le licenciement ou, en cas de chômage, la réintégration ou le ré-emploi (16). Il est également contraire à la loi de la CEE d'appliquer des conditions indirectement discriminatoires, c'est-à-dire qui ont un impact préjudiciable sur les ressortissants d'autres États membres, même si elles s'appliquent de façon égale aux ressortissants de l'État en question. Ainsi, par exemple, il n'a pas été possible pour une université italienne de limiter la durée d'emploi des maîtres assistants en langues étrangères, étant donné que les ressortissants d'autres États membres détenaient près de 75 % des postes de ce type dans les universités italiennes, et qu'aucune restriction semblable n'était imposée à d'autres travailleurs (17).

La réserve relative au service public (18)

L'exclusion de « l'emploi dans l'administration publique » du principe de libre circulation dans l'Article 48, reflète l'idée selon laquelle un Etat peut légitimement demander que certaines activités soient exercées exclusivement par ses propres ressortissants (19). Ce faisant, une telle réserve peut potentiellement bafouer le principe de libre circulation du travail. Ce dilemme est évoqué par Handoll, qui expose un certain nombre de raisons qu'on peut invoquer pour défendre une politique d'exclusion :

« *Tout d'abord, il y a l'argument selon lequel seuls les ressortissants ont le lien nécessaire avec l'État ; ils ont un devoir de loyauté, ils « connaissent » la psychologie et la sociologie de l'État, ils parlent la langue et ils sont « représentatifs » de la population qui par ailleurs les « accepte ». Ensuite, dans la mesure où un non-ressortissant est un ressortissant d'un autre État, sa présence dans le service public peut comporter un risque d'intervention étrangère... Enfin, une protection du marché national du travail pourrait conduire à l'exclusion de l'emploi dans un secteur public défini au sens large... A un niveau différent, l'exclusion pourrait encourager la naturalisation ou encore être utilisée comme un élément de marchandage lors de négociations internationales sur la question* » (20).

A l'évidence, ces raisons ne sont pas toutes en harmonie avec l'esprit de l'Article 48 ; en fait, les raisons 3 et 4 le contredisent complètement. Étant donné la propension traditionnelle, évoquée plus haut, de certains États membres à imposer des restrictions de nationalité pour une vaste gamme d'emplois, il est vital que le champ de l'exception soit précisément défini. Bien que ce champ relève du droit communautaire, aucune définition de « l'administration publique » n'est donnée dans l'Article ni dans les textes d'application. La signification de ce concept a ainsi été confiée à la Cour européenne de Justice. La Cour, consciente du risque encouru que les États membres puissent détourner l'exception, a insisté sur la nécessité d'une interprétation restrictive. Cela s'est fait en privilégiant les fonctions exercées par les travailleurs, plutôt que leur statut légal ou la nature de l'organisme employeur. Ainsi, dans l'affaire exemplaire qui opposait la Commission européenne et le Royaume de Belgique, la Cour a affirmé que l'exception ne s'appliquait qu'aux seuls emplois qui « *comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet de sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* » (21).

Bien que la question ne soit pas entièrement tranchée, il apparaît que ces critères sont proba-

(13) Levin, op. cit., paragraphe 17.

(14) Ibid., article 3(1). Cette disposition ne s'applique pas aux conditions relatives à la connaissance linguistique requise en raison de la nature du poste.

(15) Ibid., article 3(2).

(16) Ibid., article 7.

(17) Pilar Allué et Carmen Mary Coonan contre Universitá degli Studi di Venezia, aff. 33/88, arrêt du 30 mai 1989.

(18) Voir en général l'article très utile de John Handoll, « L'Article 48(4). Accès aux emplois publics pour les étrangers et les ressortissants de la CEE ».

(19) Cela est reconnu par d'autres traités relatifs à l'emploi : voir, par exemple, la Convention européenne de 1985 sur l'installation. Le champ couvert par l'exception est habituellement laissé à la discrétion des législations nationales.

(20) Ibid., p. 223.

(21) Aff. 149/79 [1980] Réc., 3881, paragraphe 10. « De tels emplois supposent, en effet, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité », ibid.

blement des alternatives ; ainsi, il suffirait, par exemple, que le poste implique la sauvegarde des intérêts généraux de l'État (22). La formulation dans l'affaire de la Belgique, signifie qu'il ne suffit pas qu'un État membre démontre qu'un organisme employeur fait partie du secteur public ; une telle approche serait bien trop large. De plus, elle induirait de flagrantes inégalités entre les États, dont les pouvoirs publics ont, pour certains, des responsabilités « *de caractère économique et social* », ou encore sont impliqués dans des activités qui « *ne sont pas assimilables aux fonctions typiques de l'administration publique* » (23). Le statut légal d'un travailleur, ou le fait de savoir ou non si son employeur relève du droit public ou du droit privé, ne constituent pas non plus des facteurs pertinents ; là aussi il y a des variations, au gré des législations nationales (24).

La formulation dans l'affaire de la Belgique est actuellement acceptée, en général, comme la déclaration-clé du champ de l'exception relative au service public. Son application est quelque peu facilitée par l'opinion de la Cour selon laquelle, afin d'éviter « *des problèmes d'appréciation et de délimitation* » dans des cas particuliers, il suffit de savoir si les postes en question sont « *typiques des activités spécifiques de « l'administration publique* » (25). Cela semble permettre une approche large, ce qui signifie que les caractéristiques détaillées de postes individuels n'ont pas besoin d'être analysées. Cependant, la formulation reste ouverte à plusieurs titres-clés. La signification de « l'exercice de la puissance » du premier critère n'est pas établie, il en va de même pour le concept de participation « indirecte » à l'exercice de tels pouvoirs. Dans le second cas, le champ des intérêts généraux de l'État n'est pas clair. Il y a également le problème des postes où les fonctions exemptées ne sont que marginales par rapport au contenu du poste (26). La jurisprudence n'apporte que peu de secours. Dans les sept arrêts rendus jusqu'à présent par la Cour européenne, l'argumentation n'est guère étoffée et il est difficile d'extrapoler des règles générales à partir de ces bribes (27). Dans l'affaire qui opposait la Commission et la Belgique (28), par exemple, la Commission a admis que les postes des collectivités locales — architectes, inspecteurs, et certains veilleurs de nuit — tombaient sous le coup de l'exception et cette concession a été confirmée par la Cour européenne. Malheureusement, les fondements de ce jugement n'ont pas été explicités (29). Dans une autre affaire, la Cour a considéré que « *diriger une entité nationale de recherche et conseiller l'État en matière de questions scientifiques et techniques* » pouvaient être exemptés (30). Hormis ces exemples, les affaires se sont toutes heurtées au rejet de l'argument selon lequel les postes concernés relevaient « *de l'emploi dans l'administration publique* ». Dans l'affaire de la Belgique, la Cour a considéré que les travailleurs des collectivités locales autres que les cas mentionnés plus haut et les infirmières et les employés de chemin de fer, étaient exclus ; les professeurs stagiaires (31), les maîtres-assistants en langues étrangères (32) et les chercheurs travaillant pour le Conseil National Italien de la Recherche (33) sont également considérés comme étant en dehors de l'exception.

Restrictions de nationalité dans le secteur public britannique

Dans quelle mesure la Grande-Bretagne se conforme-t-elle au droit européen tel qu'il a été esquissé ci-dessus ? La Loi dite des Relations raciales (RRA) interdit la discrimination en

(22) Déduction que l'on peut faire de l'aff. 225/85, paragraphe 10, Commission des Communautés Européennes contre Italie ; cf. Commission des Communautés Européennes contre République Française, aff. 307/84, paragraphe 5, qui implique une double articulation.

(23) Commission c./ Belgique, supra, parag. 11.

(24) Sotgui c./ Deutsche Bundespost, supra, parag. 4. La Cour a récusé l'argument selon lequel les fonctionnaires, dans l'Article 48(4), ne sont pas des « travailleurs » puisque leur activité n'est pas économique. Le critère essentiel est l'existence d'une relation de travail qui suppose que l'on fournisse une prestation à quelqu'un, sous la direction de quelqu'un, et en échange d'une rémunération ; la sphère d'activité n'est pas pertinente : Lawri-Blum c./ Land Baden Wurttemberg, aff. 66/85 [1987], 3 CMLR 389.

(25) Commission c./ Belgique, supra, parag. 12.

(26) La Cour n'a pas traité ce problème, en dehors d'une déclaration *en passant* où il est dit qu'il faut tenir compte de la « nature des tâches et des responsabilités inhérentes au poste » : Commission des Communautés Européennes contre République Française, aff. 307/84 [1987], 3 CMLR 555, parag. 12. Notons qu'un État membre peut réserver, pour ses propres ressortissants, des postes à l'intérieur d'une grille de carrières qui tombent sous le coup de l'Article 48(4), (Commission c./ Italie, supra, parag. 10), mais l'argument selon lequel les étrangers peuvent être exclus des promotions ou des mutations vers des postes spécifiques, ne peut pas être utilisé pour justifier leur exclusion des postes qui se trouvent en dehors du concept de service public (Commission c./ Belgique, supra, parag. 22).

(27) Handoll, p. 232. Pour une étude critique des secteurs choisis par la Commission pour son programme (supra, n. 6) voir Handoll pp. 238-240.

(28) Supra.

(29) On a avancé une raison floue concernant les veilleurs de nuit uniquement ; la Commission a déclaré que leurs fonctions peuvent leur donner un « accès facile aux secrets des pouvoirs publics en question ».

(30) Commission c./ Italie, supra, parag. 9. Ici encore, le fondement de l'opinion n'a pas été expliqué.

(31) La position professeurs certifiés est moins nette ; voir Lawrie-Blum, supra ; Handoll, supra, 233-234.

(32) Pilar Allué et Carmen Mary Coonan c./ Universitá degli Studi di Venezia, supra.

(33) Commission c./ Italie, supra.

matière d'emploi pour des « raisons raciales », et celles-ci comprennent « la nationalité » et « les origines nationales » (34). A ce titre, la RRA incorpore le principe de libre circulation. Néanmoins, la loi de 1976 est soumise à deux exceptions notables, qui font écho à l'exception pour le service public de l'article 48(4), mais sans y adhérer complètement (35). Premièrement, la section 75(5) permet au Ministre de la fonction publique de prendre des dispositions pour restreindre l'emploi « *au service de la Couronne ou de tout organisme public* », s'agissant de personnes de « *naissance, nationalité, descendance ou résidence particulières* ». Cela est complété par la section 41 qui exempte les dispositions prises par une autorité statutaire ; contrairement à de nombreux textes, la RRA ne supplante pas les dispositions antérieures ni même les législations subordonnées (36). Ces deux restrictions avalisent explicitement la longue pratique de discrimination envers des étrangers dans la fonction publique. Selon ce texte, des « étrangers » (37) ne peuvent être employés dans l'Administration que si les nécessités de service l'exigent. Un certificat autorisant un tel emploi doit être délivré par le ministre (38). Des restrictions plus détaillées sont établies dans les règles de nationalité de la fonction publique. Ainsi, pour toutes les directions de la fonction publique autres que le secrétariat général du gouvernement, le Ministère de la Défense, et les ministères des Affaires étrangères et du Commonwealth, les non-britanniques peuvent être admissibles à un emploi seulement s'ils ont le statut de « *personne protégée britannique* » ou s'ils font la preuve auprès des membres de la Commission de la fonction publique qu'ils ont des « *liens étroits* » avec un pays du Commonwealth. Pour le secrétariat général du gouvernement, le ministère de la Défense et le service diplomatique, les conditions sont plus strictes. En plus des restrictions de la fonction publique, les réglementations établies par la section 75(5) donnent une liste de 30 autres entités qui peuvent également restreindre l'emploi des étrangers. On y trouve les musées nationaux, les galeries d'art nationales, la Banque d'Angleterre, la Direction de l'Aviation civile, le Commissariat à l'Energie Atomique du Royaume-Uni, le Conseil de Recherche sur l'Environnement naturel et le Conseil de Recherche pour la Science et l'Industrie (39). Au moment où ces règles ont été établies, la plupart de ces organismes suivaient les pratiques de la fonction publique en matière de conditions de nationalité (40). Cependant, ces deux dernières années, le British Museum et certains autres musées ont abandonné leurs restrictions pour l'emploi de ressortissants de la Communauté européenne (41) ; les galeries nationales d'art semblent avoir également modifié leurs pratiques. Ces entités sont donc alignées sur le droit européen ; il aurait été difficile d'arguer que ces organismes tombaient sous « *la réserve relative à l'administration publique* » dans l'Article 48(4).

A la lumière de la jurisprudence on peut penser que la restriction en masse pour la fonction publique est trop large ; même avec une interprétation généreuse des critères d'« administration publique » énoncés par la Cour européenne, certains fonctionnaires subalternes pourraient se retrouver hors du champ de l'Article 48(4). Par d'autres aspects, la pratique britannique semble, dans ses grandes lignes, être conforme à l'Article 48, au moins en ce qui concerne la discrimination directe ; parmi les organismes qui restent exclus de la RRA, la plupart, si ce n'est la totalité, de ceux dont les restrictions étaient discutables, ouvrent maintenant leurs portes aux ressortissants de la CEE.

Pour ce qui est des autres employeurs du secteur public, la RRA signifie qu'ils ne peuvent pas légalement avoir des pratiques qui soient directement ou indirectement discriminatoires, pour des raisons de nationalité. Dans cette mesure-là, la RRA satisfait aux conditions du droit communautaire (42). Cependant, le prin-

(34) S. 3 La « nationalité » comprend la citoyenneté : s. 78.

(35) Sont également exemptées les dispositions prises dans le but de sauvegarder la sûreté nationale (s. 42) et les emplois dont la liste figure en annexe 2 (postes ministériels), à la Loi sur l'Incapacité (Chambre des Communes), actuellement en vigueur.

(36) Voir aussi s. 41(2), qui autorise des dispositions discriminatoires, lorsqu'elles sont mises en place avec l'accord d'un ministre, ou pour satisfaire à toute condition imposée par un ministre.

(37) Un « étranger » est une personne qui n'est ni citoyen du Commonwealth ni citoyen de la République d'Irlande : Loi sur la nationalité britannique, 1981, 5.50.

(38) Loi sur la restriction applicable aux étrangers (amendement), 1919, s. 6 ; Loi sur l'emploi des étrangers, 1955. Notons aussi la Loi sur l'installation, 1700, s. 3 qui exclut les étrangers de toute « charge ou poste de confiance, soit civil, soit militaire ».

(39) Les réglementations de relations raciales (organismes publics définis) 1984, S.I. 1984, n° 218, amendé par S.I. 1985, n^{os} 309 et 1757.

(40) Les restrictions imposées par le NERC et le SERC se fondent sur des périodes de résidence et s'appliquent respectivement aux bourses de recherche et aux bourses de formation post-doctorales, plutôt qu'au recrutement de personnel.

(41) Dans le cas du Musée des Sciences, les trois grades les plus élevés pour les conservateurs ne sont pas ouverts aux ressortissants européens.

(42) Ce qui ne signifie pas que la RRA satisfait aux conditions des lois de la CEE à tous les points de vue : l'exemption de l'emploi pour des raisons privées (S. 4(3)) et la limitation du sens de « condition ou exigence », pour des raisons de discrimination indirecte, dans l'affaire Perera c./ Commission de la fonction publique [1983]. IRLR ICG (le facteur discriminatoire doit constituer un « inter absolu ») semblerait ne pas être conforme aux exigences européennes. De plus, il n'existe aucune disposition pour défendre la « justifiabilité » dans le droit européen, quoique certaines qualifications spécifiques et notamment la connaissance linguistisque, soient autorisées en tant que de besoins pour le poste.

cipe de libre circulation n'est pas toujours traduit en pratique. Une enquête légère sur les employeurs du service national de santé (NHS), de l'éducation nationale, des transports et de la radio-télé diffusion a mis en évidence l'existence de toute une série de pratiques d'emploi qui pourraient constituer une discrimination indirecte contre les ressortissants d'autres États membres de la CEE. Ces pratiques se divisent en trois catégories essentielles : le recrutement, les qualifications et la prise en charge des frais.

Le recrutement : les principales pratiques discriminatoires sur le plan du recrutement, consistent à : 1) limiter l'admissibilité, pour un poste particulier, aux candidats internes ; 2) donner la préférence, pour certaines affectations, à des candidats internes ; et 3) faire de la publicité pour un poste particulier uniquement à l'intérieur de l'organisme, afin que les éventuels candidats externes aient peu de chances d'être informés de la vacance du poste (ou aient l'impression qu'il est inutile de postuler). Certains organismes qui font une publicité externe, limitent la publicité à un journal ou une revue, le plus souvent pour des raisons d'économie ; la diffusion de cette publication risque d'être limitée sur le plan géographique et/ou professionnel (43). En outre, certains organismes ne font pas de publicité pour des postes s'il y a eu une vacance d'emploi semblable et récente (par exemple depuis six mois) dans la même zone géographique, partant du principe que le parc de candidats n'aura pas changé et sera connu de la direction.

Toutes ces pratiques pourraient être considérées comme contrevenant à la lettre ou à l'esprit du code « CRE » des pratiques en faveur de l'éradication de la discrimination raciale et de promotion de l'égalité devant l'emploi ; sur ce plan, le droit européen et le droit national sont à l'unisson. Cependant, le Code encourage également les employeurs à recruter activement des personnes appartenant à des groupes ethniques minoritaires sous-représentés. Certains employeurs du secteur public mettent en œuvre des programmes de recrutement et de formation pour les jeunes quittant le système scolaire, programmes qui sont spécialement dirigés vers les candidats des minorités ethniques, et qui s'appuient sur des bureaux de placement et des conseillers pédagogiques dans les zones géographiques où ces groupes sont concentrés. Il peut également s'agir d'annonces publicitaires passées dans des publications destinées à ces minorités. Ces politiques, qui vont *vers* ces groupes, visent les personnes qui résident au Royaume-Uni ; en tant que telles, elles peuvent rendre les emplois moins accessibles aux ressortissants des autres États membres (44).

(43) Cf. n. 15.

(44) Voir aussi RRA s.s. 37, 38, amendée par l'EA, 1989, concernant la formation discriminatoire.

Les qualifications : notre but n'était pas d'examiner en profondeur la question complexe des qualifications professionnelles nationales, point qui est traité séparément à l'intérieur de la Communauté. Disons que nous avons rencontré nombre d'instances qui insistaient sur des qualifications britanniques, ou sur l'appartenance à un corps professionnel reconnu, sans indiquer qu'une équivalence européenne pourrait également convenir (45). Une autre pratique que nous avons rencontrée et qui serait nettement discriminatoire, est celle qui consiste à demander une expérience antérieure dans l'organisme et/ou une connaissance de ses méthodes de travail, même pour des postes relativement subalternes. Dans un de ces cas, les candidats étaient censés connaître les méthodes en vigueur pour le traitement des commandes et des factures, et pour la gestion des comptes. Il ne semble y avoir aucune raison pour que ce savoir ne s'acquière pas rapidement « sur le tas ». On pourrait également considérer comme potentiellement discriminatoires, dans les questionnaires, les rubriques qui demandent aux candidats d'indiquer s'il leur faut un permis pour travailler au Royaume-Uni, alors qu'il n'y est pas précisé qu'un permis n'est pas nécessaire pour les ressortissants de la CEE.

La prise en charge des frais : nous avons constaté que certains employeurs limitent souvent le remboursement des frais occasionnés par les entretiens, soit en fixant une limite supérieure assez basse, soit en ne remboursant que les frais de déplacement à l'intérieur du Royaume-Uni. Parfois on ne rembourse ni les frais de repas ni l'hébergement, restriction qui à l'évidence pénalise les candidats qui ne sont pas du Royaume-Uni. Les frais d'installation peuvent également être limités dans un sens qui s'avère discriminant pour les personnes qui viennent de l'étranger. S'engager dans la voie de la libre circulation demande à cet égard une approche plus souple.

*
**

L'exception relative au service public, dans la mesure où elle est basée sur des idées exclusives de « solidarité » nationale, peut potentiellement éroder le principe de la libre circulation des travailleurs. Cette possibilité est limitée par l'optique de la Cour européenne qui privilégie la fonction exercée plutôt que la nature de l'employeur ; néanmoins certains éléments-clés de la définition demeurent obscurs. Sur les tendances actuelles, en ce qui concerne la Grande-Bretagne, le besoin de réformer les exigences formelles de nationalité semble se limiter largement aux niveaux subalternes de l'administration. Pour ce qui est de la discrimination indirecte, cependant, l'image est très différente. Notre enquête montre que bon nombre d'employeurs du secteur public ont des pratiques qui sont susceptibles d'écarter les candidats

(45) Cf. Hampson c./ DES [1989], IRLR 69.

venant d'autres États membres. Cela paraît être le fruit de l'ignorance plutôt qu'une réelle détermination. Les rubriques de questionnaires destinés aux candidats et relatives aux données ethniques et à la nationalité, ne font en règle générale pas de distinction entre les ressortissants de la CEE et les autres. Il faudrait une meilleure prise de conscience de la signification de l'appartenance à la CEE.

A un niveau plus large, l'Article 48 soulève des questions délicates sur le rapport entre le principe de libre circulation et les lois sur la discrimination raciale. Il n'y a pas de disposition anti-discrimination générale dans le droit européen ; l'Article 48 ne dit rien sur l'égalité de traitement des groupes ethniques minoritaires qui résident actuellement dans les États membres. A l'inverse, les politiques de non-discrimination en Grande-Bretagne se sont orientées vers l'élimination des discriminations contre les minorités ethniques, et peu d'efforts ont été faits pour assurer l'égalité des chances aux autres européens. Il est des instances où il peut y avoir conflit entre les deux. La concurrence entre ressortissants européens pourrait bien encore désavantager les minorités ethniques résidant en Grande-Bretagne. Par contraste, certaines questions ont été soulevées, par exemple celle de savoir si les programmes dits « d'action positive », destinés aux minorités ethniques résidentes, équivalent somme toute à une discrimination envers les autres européens de la CEE. Le problème de la discrimination dans le travail doit maintenant être traité dans une perspective non seulement nationale, mais surtout européenne. ■