

Cas pratique

Cours : Droit de la fonction publique

Énoncé :

Monsieur Luth est titulaire des diplômes de musicien d'orchestre et de professeur de musique, obtenus au conservatoire national supérieur de Fribourg-en-Brisgau en Allemagne. Il souhaite intégrer le cadre d'emplois des professeurs territoriaux d'enseignement artistique (musique).

La commission d'assimilation des diplômes européens pour l'accès à la fonction publique territoriale, refuse en 2004 d'assimiler ses diplômes à ceux exigés pour se présenter auxdits concours.

Monsieur Luth souhaite demander au juge administratif l'annulation de ce refus, ainsi que l'annulation du rejet de son recours gracieux devant cette même commission.

Question 1 : Quelles sont pour M. Luth les conséquences juridiques liées à la condition de possession d'un diplôme pour l'accès au cadre d'emploi des professeurs territoriaux d'enseignement artistique ?

Réponse 1 : M. Luth va pouvoir bénéficier de l'application du droit communautaire concernant les « professions réglementées ».

Réponse juste

Commentaire : La situation juridique a évolué en droit français notamment du fait de l'arrêt Burbaud de la CJCE du 9 septembre 2003, aff. [C-285/01](#). La CJCE y décide que lorsqu'un ressortissant d'un État membre possède un diplôme, obtenu dans un État membre, qui est équivalent à celui requis dans un autre État membre pour accéder à un emploi dans la fonction publique (hospitalière en l'espèce), le droit communautaire s'oppose à ce que les autorités du dernier État membre subordonnent l'intégration de ce ressortissant dans ledit emploi à la réussite d'un concours tel que le concours d'admission à l'école nationale de la santé publique (ENSP dans l'affaire Burbaud).

La solution a été appliquée par le Conseil d'Etat, élargie à la fonction publique territoriale (fonction d'éducateur spécialisé : CE, 4 février 2004, Leseine, Warnimont, n° [261974](#)), et appliquée à la fonction publique hospitalière (CE, 10 décembre 2004, Barneaud, n° [265346](#) ; CE, 29 décembre 2004, Personeni, n° [2653465](#)).

On doit comprendre que toute activité professionnelle qui, quant à ses conditions d'accès ou d'exercice, est directement ou indirectement régie par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives imposant la possession d'un diplôme constitue une profession réglementée au sens de la directive n° [92/51/CEE](#) du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, telle qu'elle a été interprétée par les arrêts rendus le 9 septembre 2003 et le 7 octobre 2004 par la CJCE dans les affaires [C-285/01](#) et [C-402/02](#) (affaire Burbaud).

Le Conseil d'Etat ne reconnaît pas, en l'espèce, au bénéficiaire des candidats communautaires un droit à être recruté dans le corps des directeurs d'hôpitaux de la fonction publique française ; dans l'attente d'une réglementation nationale conforme au traité et compatible avec les objectifs définis par la directive, il fait cependant obligation au ministre de la santé d'examiner dès à présent si, dans le cadre d'une procédure de recrutement adaptée permettant de tenir compte de l'équivalence des titres et des diplômes dont se prévaut le requérant et des vacances d'emploi à pourvoir par les différentes voies d'accès, l'intéressée peut être intégrée dans le corps des personnels en cause ; le cas échéant, cette intégration peut être subordonnée à l'obligation d'effectuer un stage d'adaptation ou de se soumettre à une épreuve d'aptitude (CE, 16 mars 2005, Burbaud). La CAA de Bordeaux est même allée plus loin, décidant que « les règles nationales applicables à la date de la décision attaquée, qui ne prévoyaient ni les modalités du stage d'adaptation et de son évaluation, ni le statut du stagiaire migrant, n'étaient pas compatibles avec les objectifs de l'article 1er de la directive du 21 décembre 1988 ; qu'elles ne peuvent, dès lors, donner de base légale à la décision attaquée qui, refusant de se prononcer sur le statut de Mme Burbaud lors de son stage et de préciser les modalités de l'évaluation du stage, est entachée d'une erreur de droit ». La cour a enjoint au ministre « de définir le statut de Mme Isabel Burbaud pendant son stage d'adaptation, les modalités de son évaluation et de sa rémunération » (CAA de Bordeaux, 11 décembre 2008, Mme Isabel Burbaud, n° [07BX02403](#)). La CAA de Bordeaux est même allée plus loin, décidant que « les règles nationales applicables à la date de la décision attaquée, qui ne prévoyaient ni les modalités du stage d'adaptation et de son évaluation, ni le statut du stagiaire migrant, n'étaient pas compatibles avec les objectifs de l'article 1er de la directive du 21 décembre 1988 ; qu'elles ne peuvent, dès lors, donner de base légale à la décision attaquée qui, refusant de se prononcer sur le statut de Mme Burbaud lors de son stage et de préciser les modalités de l'évaluation du stage, est entachée d'une erreur de droit ». La cour a enjoint au ministre « de définir le statut de Mme Isabel Burbaud pendant son stage d'adaptation, les modalités de son évaluation et de sa rémunération » (CAA de Bordeaux, 11 décembre 2008, Mme Isabel Burbaud, n° [07BX02403](#)).

En l'espèce, l'activité de professeur territorial d'enseignement artistique (musique) doit être regardée comme une profession réglementée au sens de ladite directive (CE, 4 août 2006, M. Fischer, n° [280769](#), AJDA 2006, p. 2030).

Réponse 2 : M. Luth ne va pas pouvoir bénéficier de l'application du droit communautaire concernant les « professions réglementées ».

Réponse fausse

Question 2 : Quelle est en la matière l'autorité des décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pour le Conseil d'Etat ?

Réponse 1 : Cette jurisprudence est dotée d'un effet direct, et de la primauté reconnue, plus globalement, au droit communautaire, qu'il soit originaire ou dérivé.

Réponse juste

Commentaire : Le Conseil d'Etat applique la jurisprudence de la CJUE. Ainsi, il considère que toute activité professionnelle qui, quant à ses conditions d'accès ou d'exercice, est directement ou indirectement régie par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives imposant la possession d'un diplôme constitue une profession réglementée au sens du droit communautaire, tel qu'interprété par les arrêts rendus le 9 septembre 2003 et le 7 octobre 2004 par la CJCE dans les affaires [C-285/01](#) et [C-402/02](#) (affaire Burbaud) ; l'activité de professeur territorial d'enseignement artistique (musique) doit ainsi, comme on l'a vu, être regardée comme une profession réglementée au

sens de ladite directive (CE, 4 août 2006, M. Fischer, n° [280769](#), AJDA 2006 p. 2030 ; CE, 27 juillet 2005, Mme Weber, p. 356).

Réponse 2 : Cette jurisprudence n'a aucune influence.

Réponse fausse

Commentaire : Le Conseil d'Etat applique la jurisprudence de la CJCE, en vertu de la primauté du droit international sur la légalité interne ([art. 55 de la Constitution](#) ; [CE, Ass, 20 octobre 1989, Nicolo](#)).

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne bénéficie donc du principe de primauté (CE, 23 mars 1992, Société Klockner France, n° [54806](#) ; CE, Ass., 6 février 1998, M. Tête, AJDA 1998, 458). Ainsi, le Conseil d'Etat interprète les actes communautaires par référence à la jurisprudence de la CJCE (ass., 25 janvier 2002, Ligue pour la protection des oiseaux, Association pour la protection des animaux sauvages, Rassemblement des opposants à la chasse (ROC) ; 23 mars 2005, Société Doux, et Société Doux Frais ; en matière de fonction publique : CJCE, 9 septembre 2003, Burbaud, aff. [C-285/01](#) ; cf. CE, 16 mars 2005, Burbaud, n° [268718](#)).

Désormais, il considère que toute activité professionnelle qui, quant à ses conditions d'accès ou d'exercice, est directement ou indirectement régie par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives imposant la possession d'un diplôme constitue une profession réglementée au sens de la directive n° 92/51/CEE du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, telle qu'elle a été interprétée par les arrêts rendus le 9 septembre 2003 et le 7 octobre 2004 par la CJCE dans les affaires [C-285/01](#) et [C-402/02](#) (affaire Burbaud) ; l'activité de professeur territorial d'enseignement artistique (musique) doit ainsi, comme on l'a vu, être regardée comme une profession réglementée au sens de ladite directive (CE, 4 août 2006, M. Fischer, n° [280769](#), AJDA 2006 p. 2030 ; CE, 27 juillet 2005, Mme Weber, p. 356).

Précision : l'autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme est similaire à celle de la CJCE (p. ex. consacrant une approche pour partie fonctionnelle de l'agent public : CEDH, 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande, n° [63235/00](#)).

Question 3 : L'emploi de professeur territorial d'enseignement artistique peut-il être rangé au nombre de ceux exceptés de la libre circulation des travailleurs ?

Réponse 1 : Non, car il ne comporte pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques.

Réponse juste

Commentaire : Le législateur a ajouté un article 5 bis au statut général pour respecter l'article 45 §4 du [Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne](#) (modifié par la loi du 26 juillet 2005), qui dispose 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 ».

En matière de liberté de circulation, la Cour de cassation, dans un revirement exigé par l'évolution de la jurisprudence communautaire, a décidé que la dérogation au principe de libre circulation des travailleurs nécessite que les prérogatives de puissance publique attribuées à l'agent doivent être habituelles et ne pas représenter une part très réduite de leur activité (Cass. Crim., 23 juin 2004, n° [03-85.661](#)).

En définitive, seuls quelques emplois "de souveraineté" sont encore fermés aux ressortissants communautaires : ceux des forces armées, de la police, des forces de l'ordre, de l'administration fiscale, de la magistrature (judiciaire ou administrative), de la diplomatie, des ministères de l'État et des préfectures, des exécutifs régionaux et des collectivités territoriales, des banques, des emplois impliquant des responsabilités de conception, de direction, d'exécution ou de contrôle.

Exemple : les membres du corps des vétérinaires inspecteurs participent, à titre principal, au nom de l'Etat, au contrôle des normes sanitaires, à la sanction de leur violation et accomplissent des mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte ; de telles fonctions relèvent directement de l'exercice de « prérogatives de puissance publique », condition permettant la fermeture d'un corps aux ressortissants communautaires ; la nationalité est dans cette hypothèse de nature à faire légalement obstacle à l'accès au corps des vétérinaires inspecteurs (CAA de Paris, 16 mai 2006, M. Paul X., n° [04PA00604](#), AJDA 2006 p. 1805. V. aussi TA de Strasbourg, 14 décembre 2010), Mme Schmid.

Réponse 2 : Oui, car il comporte participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques.

Réponse fausse

Commentaire : L'emploi de professeur territorial d'enseignement artistique n'appartient en aucune manière aux emplois "de souveraineté" encore fermés aux ressortissants communautaires (comme ceux des forces armées, de la police, des forces de l'ordre, de l'administration fiscale, de la magistrature (judiciaire ou administrative), de la diplomatie, des ministères de l'État et des préfectures, des exécutifs régionaux et des collectivités territoriales, des banques, des emplois impliquant des responsabilités de conception, de direction, d'exécution ou de contrôle).

Question 4 : Quelles sont les conditions liées au diplôme lors du concours en cause, et plus précisément les normes et les procédures applicables en matière d'équivalence de diplômes au sein de l'Union européenne en matière de concours ?

Réponse 1 : La directive n° [2005/36/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 sont relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

En droit interne, le décret n° [91-857](#) du 2 septembre 1991 portant statut particulier du cadre d'emplois des professeurs territoriaux d'enseignement artistique (musique, danse, art dramatique, arts plastiques) est applicable à l'espèce considérée ; il prévoit notamment une condition de diplôme. Enfin, le décret n° [2007-196](#) du 13 février 2007 relatif aux équivalences de diplômes requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique (il s'agit d'un concours de la fonction publique territoriale en l'espèce), prévoit la procédure d'équivalence des diplômes délivrés dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen.

Réponse juste

Commentaire : L'accès à la fonction publique, notamment par concours, est souvent conditionné par la détention d'un diplôme français, ou à défaut, d'un diplôme étranger, dont l'équivalence est reconnue.

- Les concours de catégorie A sont ouverts aux titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur (ex Institut national du service public : Licence ou équivalent ; idem Commissaire dans l'armée).

- Les concours de catégorie B sont ouverts aux candidats titulaires du baccalauréat. Certains concours nécessitent toutefois un diplôme sanctionnant une formation à caractère professionnel.
- Les concours de catégorie C (fonctions d'exécution) sont ouverts, en fonction du corps ou cadre d'emploi, soit sans condition de diplôme, soit aux titulaires d'un Brevet des collèges (BEPC), ou d'un Certificat d'aptitude professionnelle (CAP) (sténodactylographe...).

Ce sont les statuts particuliers qui fixent le niveau minimal de diplôme exigées pour le recrutement. Il existe des dispenses de diplôme : Aucune condition de diplôme n'est exigée pour les deux catégories de candidats suivantes, notamment pour des considérations de solidarité :

- mères et pères d'au moins trois enfants
- sportifs de haut-niveau.

De plus, des équivalences de diplômes sont prévues : désormais, les candidats disposant d'une expérience professionnelle conduisant à une qualification équivalente à celle sanctionnée par le diplôme requis peuvent, lorsque la nature des fonctions le justifie, être admis à se présenter à ces concours. Une commission se prononce sur les qualifications acquises par le candidat et sur l'adéquation de ces qualifications aux emplois du corps d'accueil.

La loi n° [2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi](#), prévoit, elle, la possibilité de validation des acquis de l'expérience (VAE), qui permet d'obtenir une certification grâce à l'expérience. La validation est prononcée par un jury.

Par ailleurs, dans le cas d'un concours ou d'un examen professionnel organisé sur épreuves, l'une d'entre elles peut désormais, aussi, consister en la présentation par les candidats d'un dossier fondé sur la reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle (RAEP) en relation avec les fonctions auxquelles destine le concours ou l'examen professionnel. Ces acquis peuvent également être présentés en complément des titres ou des titres et travaux dans le cas des sélections qui en font usage.

Réponse 2 : La réponse précédente est fausse.

Réponse fausse

Question 5 : L'intéressé veut contester l'arrêté d'ouverture du concours qui l'intéresse : le peut-il ? Quelle est sa nature juridique : acte réglementaire ou individuel ?

Réponse 1 : Oui

Réponse juste

Commentaire : Les arrêtés ministériels autorisant l'ouverture des concours sont des décisions faisant grief en tant notamment qu'ils fixent les modalités et délais d'inscription aux concours dont ils autorisent l'ouverture et les modalités et dates d'organisation des épreuves. Comme ils s'appliquent à ces seuls concours et, faute de permanence, ils n'ont pas le caractère d'actes réglementaires (CE, 27 juin 2011, n° [340164](#), Association sauvons l'université et autres).

Réponse 2 : Non

Réponse fausse

Question 6 : L'intéressé peut-il contester l'arrêté d'ouverture d'un concours de l'Union européenne qui l'intéresse au motif qu'il n'est pas formulé dans les trois langues officielles ?

Réponse 1 : Oui

Réponse juste

Commentaire : La publication en trois langues des avis des concours de l'Union Européenne et l'obligation de présenter les épreuves de sélection dans l'une de ces langues constituent une discrimination en raison de la langue (CJUE, 27 novembre 2012, Italie c/ Commission, aff. [C-566/10](#)).

Réponse 2 : Non

Réponse fausse