

Décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012

Loi portant création des emplois d'avenir

Le projet de loi portant création des emplois d'avenir a été délibéré en Conseil des ministres le 29 août 2012. Après engagement de la procédure accélérée par le Gouvernement, le texte a été voté par l'Assemblée nationale le 12 septembre et par le Sénat le 25 septembre. Après qu'une commission mixte paritaire (CMP) est parvenue à élaborer un texte sur les dispositions restant en discussion, le 2 octobre, le projet de loi a été définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 4 octobre et par le Sénat le 9 octobre. La loi a été déférée au Conseil constitutionnel le 11 octobre par plus de soixante députés, qui contestaient son article 4.

Dans sa décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré les articles 4 et 12, relatifs aux « emplois d'avenir professeur », conformes à la Constitution. Il a examiné d'office les dispositions des articles 1^{er} et 11 de la loi, relatifs aux emplois d'avenir, et a formulé une réserve d'interprétation portant sur les emplois d'avenir conclus par des personnes publiques.

Faisant application de sa jurisprudence dite « néo-calédonienne »¹, il a également examiné la conformité à la Constitution des dispositions du code du travail en vigueur relatives au contrat d'accompagnement dans l'emploi et les a déclarées conformes à la Constitution sous une réserve d'interprétation analogue.

I – Le cadre constitutionnel

Avant d'examiner la conformité à la Constitution de cette loi, il est nécessaire de rappeler le cadre constitutionnel applicable à toute mesure législative de différenciation positive au profit d'un groupe de personnes.

Le cadre constitutionnel des politiques d'action positive distingue d'une part, les politiques générales de différenciation positive et, d'autre part, l'accès aux emplois publics.

¹ Car les modalités de son contrôle sont précisées dans la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

A – Les politiques générales de différenciation positive

Le Conseil constitutionnel juge, de manière constante, « *qu’aucun principe non plus qu’aucune règle de valeur constitutionnelle n’interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières* »².

Dès 1986, le Conseil avait eu à connaître, avec la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d’ordre économique et social, de « *dispositions, notamment d’exonération de charges sociales, confortant l’emploi des jeunes de 16 à 25 ans et favorisant leur embauche* ». Le Conseil constitutionnel avait jugé :

« 31. *Considérant qu’aucun principe non plus qu’aucune règle de valeur constitutionnelle n’interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d’améliorer l’emploi des jeunes, autoriser des mesures propres à cette catégorie de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent résulter de ces mesures entre catégories de travailleurs ou catégories d’entreprises répondent à une fin d’intérêt général qu’il appartenait au législateur d’apprécier et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution ;*

« 32. *Considérant que, d’ailleurs, les dispositions de l’article 2 n’autorisent ni la méconnaissance du droit au travail ni celle des obligations internationales de la France* »³.

Dans cette même décision de 1986, le Conseil constitutionnel avait jugé conformes à la Constitution des mesures de différenciation positive au profit d’entreprises situées dans des zones où la situation de l’emploi est particulièrement grave. Il a confirmé cette jurisprudence à diverses reprises depuis lors, par exemple lors de l’examen de la loi d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire⁴. Cette loi définissait diverses zones prioritaires (territoires urbains, zones urbaines sensibles...) pour y mettre en œuvre des politiques renforcées. Le Conseil a jugé :

« 34. *Considérant en second lieu que le principe d’égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l’octroi d’avantages fiscaux, des mesures d’incitation au développement et à l’aménagement de certaines parties du*

² Décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d’urgence pour l’emploi*, cons. 13.

³ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d’ordre économique et social*.

⁴ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire*.

territoire national dans un but d'intérêt général; que de telles mesures ne constituent pas en elles-mêmes une atteinte à la libre administration des collectivités locales ».

Les mesures de différenciation s'apprécient au regard de l'objectif que se fixe le législateur. Elles peuvent donc s'adresser à divers publics en difficulté sociale. Dans sa décision sur la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit de la conversion, à propos de dispositifs en faveur des salariés âgés, le Conseil a écarté le grief tiré du principe d'égalité en jugeant :

« 12. Considérant que la référence faite par les articles premier, 6, 10 et 25 de la loi aux notions de "salariés âgés" ou de salariés présentant "des caractéristiques sociales" particulières, qui sont destinées à être précisées par les partenaires sociaux sous le contrôle des administrations et des juridictions compétentes, loin de méconnaître le principe d'égalité devant la loi, permet d'en assurer l'application à des situations diversifiées ; qu'ainsi le moyen invoqué ne peut qu'être écarté »⁵.

De même le Conseil a jugé conforme à la Constitution le dispositif d'embauche préférentielle par des associations intermédiaires de chômeurs rencontrant des difficultés particulières d'insertion :

« 12. Considérant d'une part que les dispositions du I de l'article en cause se bornent à étendre le champ d'intervention des associations intermédiaires aux personnes sans emploi rencontrant des difficultés particulières d'insertion et à mentionner explicitement que peuvent être embauchés par elles les bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique, les jeunes en difficulté et les personnes prises en charge au titre de l'aide sociale ; qu'eu égard aux difficultés et aux handicaps qui peuvent affecter l'insertion professionnelle des personnes concernées, le législateur a pu leur ouvrir la faculté d'être employées par les associations intermédiaires sans méconnaître le principe d'égalité »⁶.

Au profit de jeunes en difficulté, dès 1977 le Conseil a jugé conformes à la Constitution les règles particulières de décompte des effectifs du personnel afin de favoriser l'emploi des jeunes :

« 1. Considérant que l'article 4 de la loi portant diverses mesures en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, telle qu'elle a été adoptée par le

⁵ Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code de travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.*

⁶ Décision n° 94-357 DC du 25 janvier 1995, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social.*

Parlement, dispose que, pour l'application aux entreprises des dispositions législatives ou réglementaires du code du travail qui se réfèrent à une condition d'effectif de personnel, il n'est pas tenu compte, temporairement, des salariés engagés dans les conditions d'âge et de délai prévues aux articles 1er et 2 de ladite loi ;

« 2. Considérant, d'une part, que, si l'article 2 de la Constitution proclame que "La France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion", le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel ne contient aucune discrimination susceptible de porter atteinte à ce principe »⁷.

Ce qu'il a confirmé à propos de la loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi :

« 13. Considérant, par ailleurs, qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières ; qu'il pouvait donc, en vue de favoriser le recrutement des jeunes âgés de moins de vingt-six ans, autoriser le Gouvernement à prendre des dispositions spécifiques en ce qui concerne les règles de décompte des effectifs ; que les salariés ne seront pas traités différemment selon leur âge au sein d'une même entreprise ; que les règles de droit commun en matière de décompte des effectifs s'appliqueront à nouveau lorsque les intéressés atteindront l'âge de vingt-six ans ; que les différences de traitement qui peuvent résulter de la mesure critiquée répondent à une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution »⁸.

Pour achever ce rappel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les mesures générales de différenciation positive, il peut être signalé que n'a pas été jugé, dans son principe, contraire à la Constitution le dispositif de recrutement d'étudiants de Sciences-Po via une procédure particulière réservée aux élèves des établissements classés en « zone d'éducation prioritaire ». Le Conseil a jugé :

« 33. Considérant que, s'il est loisible au législateur de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3 du code de l'éducation en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris, c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous le contrôle

⁷ Décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale.*

⁸ Décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, précitée.

du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ; que, sous cette réserve, l'article 14 est conforme à la Constitution »⁹.

B – L'accès à des emplois publics

Le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence interdisant la différenciation positive dans le recrutement à des emplois publics. Il juge avec une vigilance toute particulière que « *le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents* »¹⁰. Cette règle n'interdit pas l'existence de concours différenciés¹¹ ou de recrutement sans concours¹². Elle n'a pas davantage interdit la création d'une troisième voie de recrutement à l'ENA. Le Conseil a alors jugé que « *le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics (...) ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* »¹³.

Si des modalités variées de recrutement sur des emplois publics sont possibles, elles doivent toutes respecter les exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, c'est-à-dire la seule prise en compte de la capacité, des vertus et des talents. C'est ce que le Conseil a, par exemple, jugé lorsqu'il a censuré les dispositions organiques qui introduisaient une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats au Conseil supérieur de la magistrature¹⁴.

La vigilance du Conseil constitutionnel s'exerce même dans le cas où la loi réserve au Gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination, par exemple au tour extérieur. Ces nominations doivent être effectuées en

⁹ Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social éducatif et culturel*.

¹⁰ Décisions n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 7 et n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 5.

¹¹ Décisions n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58 1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* et n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de magistrature*.

¹² Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*.

¹³ Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 5.

¹⁴ Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, précitée.

fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui seront confiées. Le Conseil juge :

« 17. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ; que, si l'article 8 de la loi réserve au Gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination d'inspecteurs généraux ou de contrôleurs généraux au tour extérieur, il ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui exige que le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur seront confiées ; que, dès lors, le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne saurait être retenu »¹⁵.

Le Conseil a encore réaffirmé cette jurisprudence en 2003 lors de l'examen de la loi relative aux assistants d'éducation qui permettait de recruter de tels assistants pour exercer des fonctions d'assistance à l'équipe éducative, notamment pour l'encadrement et la surveillance des élèves. Le Conseil a jugé :

« 9. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale... Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents " ;

« 10. Considérant qu'en raison de la mission confiée aux assistants d'éducation par le nouvel article L. 916-1, il appartiendra aux chefs d'établissement de fonder leurs décisions de recrutement sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins de l'établissement ; qu'il était loisible au législateur d'instituer une priorité en faveur des étudiants boursiers sous réserve que celle-ci s'applique à aptitudes égales »¹⁶.

La vigilance particulière du Conseil constitutionnel pour faire respecter l'article 6 de la Déclaration de 1789 s'est encore manifestée, malgré le cadre particulier des accords de Nouméa, lors de l'examen de la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte. L'article 58 de la loi organique portait sur les avantages d'emploi accordés au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁵ Décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public.*

¹⁶ Décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d'éducation.*

Il modifiait l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 qui prévoit une « *préférence locale à l'emploi* » au « *bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence.* »

Dans sa décision n° 2009-587 DC¹⁷, le Conseil constitutionnel a constaté que l'extension des mesures de priorité à l'emploi aux conjoints, partenaires ou concubins, y compris lorsque ces derniers ne remplissent pas eux-mêmes les conditions de citoyenneté de Nouvelle-Calédonie ou de durée suffisante de résidence, ne trouvait pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constituait pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre. Il a donc relevé que l'article 58 était contraire aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration de 1789, et a censuré cet article.

Le Conseil constitutionnel veille à l'application de ces exigences de l'article 6 dans les trois fonctions publiques. Il a ainsi formulé une double réserve, lors de l'examen de la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients à la santé et au territoire, au sujet de la nomination de personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire dans les emplois de directeur d'établissement public¹⁸. L'article 11 de cette loi permettait que des personnes qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois de directeur d'établissements publics de santé ou d'établissements publics sociaux ou médico-sociaux. Le Conseil a jugé :

« 11. *Considérant que, selon les sénateurs requérants, la possibilité de telles nominations en l'absence de tout critère précis quant aux talents et aux compétences des personnes nommées méconnaîtrait le principe d'égal accès aux emplois publics ;*

« 12. *Considérant qu'en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789, tous les citoyens "sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ; que le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de direction d'établissement public qui sont en principe occupés par des fonctionnaires ; que, toutefois, ces dispositions ne sauraient être interprétées comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que, dès lors, d'une part, il appartiendra au pouvoir*

¹⁷ Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, cons. 18 et 19.

¹⁸ Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*.

réglementaire, chargé de prendre les mesures d'application, de fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats à ces emplois et de préciser les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées ; que, d'autre part, il appartiendra aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission ; que, sous cette double réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de l'égal accès aux emplois publics ».

Le Conseil d'État a exactement la même jurisprudence que le Conseil constitutionnel. Seule la capacité des candidats peut constituer un critère de sélection à l'entrée dans la fonction publique, à l'exclusion par exemple de critères politiques¹⁹. Le Conseil d'État a ainsi censuré, pour l'accès aux emplois d'ouvriers du ministère de la défense, un système de sélection utilisant des considérations d'ordre social, qui sont étrangères à la capacité des candidats²⁰. De même, le Conseil d'État a jugé que des emplois dans les établissements militaires de construction navale ne pourraient être réservés à des personnes licenciées par des entreprises privées de construction navale²¹. C'est directement au regard de l'article 6 de la Déclaration de 1789 que le Conseil d'État prononce ses annulations²².

Au total, en matière d'emploi public, les exigences constitutionnelles fixées par l'article 6 de la Déclaration de 1789 n'ont pas pour effet d'imposer que tous les agents publics soient recrutés par concours. Elles n'interdisent pas davantage au législateur de diversifier les modes de recrutement pour tenir compte de la diversité des vertus et des talents. L'exigence de capacité peut s'apprécier différemment selon les besoins du service public et les mérites des intéressés. En revanche, le Conseil constitutionnel est intransigeant sur le fait que, quelles que soient les formes qu'elles revêtent, les modalités de recrutement aux emplois publics ne doivent pas permettre de procéder à des nominations qui méconnaîtraient l'égal accès des candidats aux emplois publics en fonction de leurs vertus et de leurs talents.

¹⁹ CE, 28 mai 1954, *Barel*, Rec. pp. 308-309.

²⁰ CE, 10 janvier 1986, *Fédération nationale travailleurs de l'État CGT*, n° 62161, Rec. p. 5.

²¹ CE, 14 février 1990, *Fédération syndicaliste FO de la Défense*, n° 104275 Tables, p. 556.

²² CE, 21 décembre 1990, *Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud*, n° 72834/72897, Rec. p. 378.

II – Examen de la conformité des articles 1^{er}, 4, 11 et 12 de la loi déferée à la Constitution

A. – Présentation des dispositifs.

Les articles 1^{er} et 4 de la loi mettent en place respectivement les emplois d'avenir et les emplois d'avenir professeurs. Les articles 11 et 12 insèrent des règles identiques dans le code du travail applicable à Mayotte.

Les « emplois d'avenir » sont conçus, comme le souligne l'exposé des motifs, d'abord pour le secteur non marchand (secteur associatif, collectivités territoriales...) mais aussi pour le secteur marchand. Il s'agit de faciliter l'insertion professionnelle et l'accès à la qualification des jeunes sans emploi de 16 à 25 ans sans qualification ou peu qualifiés et rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi. La limite d'âge est portée à 30 ans pour ceux en situation de handicap. L'emploi d'avenir est conclu sous la forme, soit d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi dans le secteur non marchand, soit d'un contrat initiative emploi dans le secteur marchand. L'emploi d'avenir peut être conclu par toute personne morale de droit public, sauf l'État. Une « aide relative à l'emploi d'avenir » est attribuée par l'État à l'employeur au vu des actions de formation.

Le II du nouvel article L. 5134-110 du code du travail dispose :

« L'emploi d'avenir est destiné en priorité aux jeunes (de 16 à 25 ans sans qualification ou peu qualifiés) qui résident soit dans les zones urbaines sensibles au sens du 3 de l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire ou les zones de revitalisation rurale au sens de l'article 1465 A du code général des impôts, soit dans les départements d'outre-mer, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, soit dans les territoires dans lesquels les jeunes connaissent des difficultés particulières d'accès à l'emploi. »

L'article L. 5134-115 dispose, en ses premiers alinéas :

« Le contrat de travail associé à un emploi d'avenir peut être à durée indéterminée ou à durée déterminée.

« Lorsqu'il est à durée déterminée, il est conclu pour une durée de trente-six mois.

« En cas de circonstances particulières liées soit à la situation ou au parcours du bénéficiaire, soit au projet associé à l'emploi, il peut être conclu initialement pour une durée inférieure, qui ne peut être inférieure à douze mois.

« S'il a été initialement conclu pour une durée inférieure à trente-six mois, il peut être prolongé jusqu'à cette durée maximale. (...)

« Le bénéficiaire d'un emploi d'avenir en contrat à durée déterminée bénéficie d'une priorité d'embauche durant un délai d'un an à compter du terme de son contrat. L'employeur l'informe de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. Le salarié ainsi recruté est dispensé de la période mentionnée à l'article L. 1221-19 ».

L'article L. 5134-118 renvoie au décret le soin de fixer, pour ces emplois d'avenir, *« les niveaux de qualification et les critères d'appréciation des difficultés particulières d'emploi mentionnées au premier alinéa de l'article L. 5134-10, qui peuvent différer selon que les jeunes résident dans des zones urbaines sensibles ou des zones de revitalisation rurale ou dans les départements d'outre-mer, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin ou à Saint-Pierre et Miquelon ».*

À l'article 4 de la loi déferée, les emplois d'avenir professeurs sont différents des emplois d'avenir à trois titres.

En premier lieu, ils ne s'adressent pas aux mêmes personnes. Le II de l'article L. 5134-120 dispose :

« II. –L'emploi d'avenir professeur est destiné à des étudiants titulaires de bourses de l'enseignement supérieur relevant du chapitre I^{er} du titre II du livre VIII de la troisième partie du code de l'éducation inscrits en deuxième année de licence ou, le cas échéant, en troisième année de licence ou en première année de master dans un établissement d'enseignement supérieur, âgés de vingt-cinq ans au plus et se destinant aux métiers du professorat. La limite d'âge est portée à trente ans lorsque l'étudiant présente un handicap reconnu par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées.

« III – Les étudiants mentionnés au II bénéficient d'une priorité d'accès aux emplois d'avenir professeur lorsqu'ils effectuent leurs études dans une académie ou dans une discipline connaissant des besoins particuliers de recrutement et qu'ils justifient :

« 1° Soit d'avoir résidé pendant une durée minimale dans une zone urbaine sensible au sens du 3 de l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, dans une zone de revitalisation rurale au sens de l'article 1465 A du code général des impôts, dans un département d'outre-mer, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin ou à Saint-Pierre et Miquelon ;

« 2° soit d'avoir effectué pendant une durée minimale leurs études secondaires dans un établissement situé dans l'une de ces zones ou relevant de l'éducation prioritaire.

« Les durées minimales mentionnées aux 1° et 2° du présent article sont fixées par décret ».

En deuxième lieu, la nature de l'emploi d'avenir professeur est différente de celle de l'emploi d'avenir. Il s'agit en effet *« d'exercer une activité d'appui éducatif compatible, pour l'étudiant bénéficiaire, avec la poursuite de ses études universitaires et la préparation aux concours »*. Le dernier alinéa du II de l'article L. 5134-125 dispose :

« Le bénéficiaire d'un emploi d'avenir professeur s'engage à poursuivre sa formation dans un établissement supérieur et à se présenter à un des concours de recrutement d'enseignants du premier ou du second degré organisés par l'État. En cas de réussite au concours, le contrat prend fin de plein droit, avant son échéance normale, à la date de nomination dans des fonctions d'enseignement ».

Le premier alinéa de l'article L. 5134-126 dispose : *« Le bénéficiaire d'un emploi d'avenir professeur effectue une durée hebdomadaire de travail adaptée à la poursuite de ses études et à la préparation des concours auxquels il se destine. Le contrat de travail mentionne la durée de travail moyenne hebdomadaire, qui ne peut excéder la moitié de la durée fixée à l'article L. 3121-10 »* (i.e. 35 heures hebdomadaires).

En troisième lieu, la durée d'un « emploi d'avenir professeur » est différente de celle d'un « emploi d'avenir ». Le contrat associé à un emploi d'avenir professeur est conclu *« pour une durée de douze mois, renouvelable s'il y a lieu, dans la limite d'une durée totale de trente-six mois »* (II de l'article L. 5134-125).

B – Articles 4 et 12 : les « emplois d’avenir professeur »

À l’encontre des dispositions de l’article 4, les députés requérants soutenaient que le législateur, en réservant à certaines personnes le bénéfice des emplois d’avenir professeur, avait méconnu le principe d’égal accès aux emplois publics garanti par l’article 6 de la Déclaration de 1789 ainsi que le principe de la liberté contractuelle des personnes qui en sont exclues. Ils soutenaient aussi qu’en soumettant au droit privé les contrats qui sont associés à ces emplois, le législateur avait porté atteinte à un ensemble de principes constitutionnels : celui selon lequel les personnes physiques « collaborateurs des personnes morales de droit public » sont des agents publics, celui selon lequel les actes d’une personne publique sont des actes administratifs et, enfin, celui selon lequel les personnels non statutaires travaillant pour le compte d’un service public géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi²³.

Bien que, formellement, la saisine ne visait que l’article 4, le Conseil constitutionnel a estimé qu’elle portait aussi nécessairement sur l’article 12 qui insérait dans le code du travail applicable à Mayotte les mêmes règles que celles introduites par l’article 4 dans le code du travail.

Pour répondre au premier grief, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2012-656 DC, suivi un raisonnement en deux temps. Il a d’abord examiné si la disposition contestée entraînait dans le champ d’application du principe d’égal accès aux emplois publics. Puis, après avoir jugé que tel n’était pas le cas, il a recherché si le principe d’égalité devant la loi n’était pas méconnu. C’est pourquoi, dans ses considérants n°s 3 et 4, il a rappelé ces deux principes issus de l’article 6 de la Déclaration de 1789.

Le Conseil a donc, en premier lieu, examiné les caractéristiques de ces emplois d’avenir professeur. Il ne s’est pas arrêté à la nature privée du contrat des titulaires d’un tel emploi. Le fait que les intéressés soient recrutés sur un régime de contrat d’accompagnement dans l’emploi ne change en effet rien au regard de l’article 6 de la Déclaration de 1789. Ce sont les caractéristiques de l’emploi qui doivent être examinées et non le caractère public ou privé du contrat.

Le Conseil a relevé que ces emplois d’avenir professeur s’adressent aux personnes qui se destinent aux « métiers du professorat ». Les contrats qui leur sont associés sont conclus pour une durée de douze mois renouvelable, dans la limite d’une durée maximale de trente-six mois afin que leurs bénéficiaires puissent exercer une activité d’appui éducatif compatible avec la poursuite de

²³ Voir sur ce point la décision du TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes et autres c/ conseil des prud’hommes de Lyon et M. Berkani*, n° 03000.

leurs études et la préparation aux concours. Les étudiants qui bénéficient de ces emplois s'engagent à poursuivre leur formation dans un établissement d'enseignement supérieur. Ils s'engagent aussi à se présenter à un des concours de recrutement d'enseignants du premier ou du second degré organisés par l'État. En cas de réussite à ce concours, le contrat prend fin de plein droit avant son échéance normale, c'est-à-dire l'échéance prévue dans le contrat. Ces étudiants effectuent une durée hebdomadaire de travail qui leur permet de poursuivre des études et de préparer des concours. La rémunération qui leur est versée est cumulable avec les bourses de l'enseignement supérieur dont les intéressés peuvent être titulaires.

L'exposé des motifs du projet de loi indiquait d'ailleurs qu'il s'agit, par ce dispositif, « *d'accompagner des jeunes qui souhaitent poursuivre des études et se destiner aux métiers de l'enseignement mais ne peuvent le faire faute de moyens* ». La réforme récente de la « *masterisation* » aurait généré un effet d'éviction des étudiants issus des milieux les plus modestes.

Le Conseil a déduit de toutes ces caractéristiques retenues par la loi qu'avec ces emplois d'avenir professeur, le législateur a mis en place un dispositif social d'aide à l'accès aux emplois de l'enseignement, complémentaire des bourses de l'enseignement supérieur, pour faciliter la promotion sociale et l'insertion professionnelle d'étudiants qui se destinent au professorat. Le législateur n'ayant donc pas créé des emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, le grief tiré de la méconnaissance du principe de l'égal accès aux emplois publics ne pouvait qu'être écarté (cons. 8).

En second lieu, après avoir écarté ce grief, le Conseil a examiné les dispositions contestées au regard du principe de l'égalité devant la loi et a jugé que le législateur n'avait pas méconnu ce principe. Les emplois d'avenir professeur sont destinés à des boursiers de l'enseignement supérieur, sous certaines conditions d'âge et de niveau d'études. Ils permettent à ceux qui effectuent leurs études dans une académie ou dans une discipline connaissant des difficultés particulières de recrutement et qui, soit ont résidé dans une zone urbaine sensible, une zone de revitalisation rurale, ou dans les départements d'outre-mer et certaines collectivités d'outre-mer, soit ont effectué dans un établissement situé dans l'une de ces zones ou relevant de l'éducation prioritaire une partie de leurs études secondaires, de bénéficier d'une priorité d'accès à ces emplois. Le législateur s'est donc fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec la finalité d'intérêt général qu'il s'est assignée. Il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni celui de la liberté contractuelle (cons. 9).

Sur l'autre ensemble de griefs tirés de ce que le législateur aurait méconnu des principes constitutionnels en prévoyant que les contrats conclus par les

bénéficiaires des emplois d'avenir professeur sont des contrats de droit privé, le Conseil a répondu sobrement « *qu'aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que le législateur prévoie que des personnes recrutées au titre d'un emploi d'avenir professeur participant à l'exécution du service public de l'éducation nationale soient soumises à un régime de droit privé* » (cons. 10).

Il convient de rappeler qu'inversement, comme le Conseil a eu l'occasion de le juger dans sa décision n° 2012-281 QPC²⁴, aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que des corps de fonctionnaires soient maintenus dans une entreprise privée qui ne serait plus investie directement par la loi d'une mission de service public.

Mais le Conseil constitutionnel n'a pas tranché, dans la décision n° 2012-656 DC, la question de savoir dans quelle mesure les sujétions inhérentes à l'exécution de certains services dits « régaliens » (justice, police, service pénitentiaire...) s'opposeraient à ce que les agents chargés de les assurer soient soumis à un régime de droit privé.

Les articles 4 et 12 de la loi déferée, qui ne sont contraires à aucune règle ni à aucun principe constitutionnel, ont donc été déclarés conforme à la Constitution.

C – Articles 1^{er} et 11: les « emplois d'avenir »

En tant que les employeurs sont privés, l'article 1^{er} de la loi qui réservait les emplois d'avenir à certaines catégories de personnes ne posait pas de difficulté constitutionnelle au regard du principe d'égalité devant la loi. La jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel relative aux politiques de différenciation positive n'interdit pas au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières. Ici le législateur a retenu le critère des jeunes de 16 à 25 ans. Il peut évidemment mener à l'égard des employeurs privés une telle politique.

En revanche, en tant que les employeurs sont publics, se posait la question de la compatibilité de ces dispositions avec les exigences précitées d'égal accès aux emplois publics. Encore fallait-il déterminer si les « emplois d'avenir » constituent des emplois publics au sens de cet article.

L'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, applicable aux trois fonctions publiques, prévoit qu'en principe les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont occupés par des fonctionnaires. Toutefois, cette

²⁴ Décision n° 2012-281 QPC du 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires (Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom)*.

règle n'a pas valeur constitutionnelle. La loi organise donc de fréquentes dérogations pour permettre que des contractuels, de droit public ou de droit privé, occupent ces emplois. On sait que les hypothèses de recrutement des contractuels sur des emplois permanents sont aujourd'hui très nombreuses et ne sont pas limitées à des emplois saisonniers ou occasionnels. Pour la fonction publique territoriale, ces hypothèses sont notamment fixées à l'article 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires. Elles incluent des emplois très divers, à temps complet ou non. Dans tous les cas, « *les agents ainsi recrutés sont engagés par contrat à durée déterminée d'une durée maximale de trois ans* ». Il est également disposé que « *tout contrat conclu ou renouvelé pour pourvoir un emploi permanent en application de l'article 3 - 4 avec un agent qui justifie d'une durée de services publics effectifs de six ans au moins (...) est conclu pour un durée indéterminée* ». Le II de l'article 3 - 4 traduit l'idée que le deuxième renouvellement d'un contrat de trois ans transforme celui-ci en contrat à durée indéterminée.

La notion d'emploi permanent a tendance à être assimilée à celle de besoin permanent. En revanche elle ne recouvre pas nécessairement celle d'emploi budgétaire²⁵. La notion d'emploi à temps non complet est tout aussi différente de celle d'emploi permanent. Les emplois à temps non complet, bien que permanents, ne nécessitent pas d'être occupés à temps plein. Ils se différencient également de l'exercice à temps partiel qui résulte d'un choix du fonctionnaire.

Le Conseil constitutionnel retient une conception extensive du champ d'application de l'admissibilité aux emplois publics. Ainsi, dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale, il a jugé qu'« *en raison de la mission confiée aux jurys prévus par les articles 134 et 137 de la loi déferée, les membres desdits jurys occupent des "dignités, places et emplois publics" au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789* » (cons. 115). Il a également, dans sa décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003 précitée, jugé « *qu'en raison de la mission confiée aux assistants d'éducation..., ceux-ci occupent des places et emplois publics* » (cons. 9). Le même raisonnement a été suivi, s'agissant de la désignation des organes de direction ou de surveillance des entreprises publiques, conseils de prud'hommes et organismes paritaires de la fonction publique, dans la décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 sur la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

Avec les emplois d'avenir, l'État ne peut être le bénéficiaire de ces emplois d'avenir, pas davantage qu'il ne peut être aujourd'hui bénéficiaire de l'ensemble des contrats aidés, en particulier pour le contrat d'accompagnement dans

²⁵ CE, 17 avril 1991, *Ministre DOM c/Cailland*, Tables p. 997.

l'emploi (CAE). En revanche les collectivités locales vont être, avec les associations, les premières bénéficiaires de ces emplois dans le secteur non marchand.

Pour déterminer si les « emplois d'avenir » conclus par une collectivité territoriale ou une autre personne morale de droit public sont ou non des emplois publics au sens de l'article 6 de la déclaration de 1789, le Conseil a distingué selon qu'ils sont à durée déterminée ou à durée indéterminée. Dans tous les cas, le bénéficiaire d'un emploi d'avenir l'occupe en principe à temps plein (premier alinéa de l'article L. 5134-116). Mais il ne s'agit pas d'un véritable « emploi » lorsqu'il est à durée déterminée. Compte tenu de leurs caractéristiques, ces emplois d'avenir ont alors une fonction principalement sociale, en permettant à un jeune en difficulté professionnelle d'acquérir une première expérience professionnelle et une qualification. Il n'en va pas de même pour l'emploi à durée indéterminée. Cette durée est le signe que la collectivité a identifié un besoin pérenne, donc lié à ses missions publiques, auquel l'emploi d'avenir répond.

Lorsque les emplois d'avenir sont conclus par des collectivités territoriales ou leurs établissements publics, s'ils sont conclus à durée indéterminée, ils doivent, en tout état de cause, être analysés comme des « emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel a ainsi retenu une conception organique autonome de l'article 6 de la Déclaration de 1789, distincte de la notion d'agent public. De tels emplois d'avenir posent alors une difficulté constitutionnelle car les intéressés ne sont pas recrutés sur des emplois publics sur les seuls critères de la capacité, des vertus et des talents. Ces emplois publics ne s'adressent qu'aux jeunes de 16 à 25 ans non qualifiés ou peu qualifiés.

Le Conseil s'est saisi d'office de cette difficulté et a formulé une réserve d'interprétation portant sur les 2° et 3° de l'article L. 5134-111 et l'article L. 5134-115 du code du travail tels qu'ils résultent de l'article 1^{er} de la loi ainsi que des 2° et 3° de l'article L. 322-46 et de l'article L. 322-50 du code du travail applicable à Mayotte, résultant de l'article 11. Il a jugé que « *les personnes publiques ne sauraient recourir aux emplois d'avenir que dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée* » (cons. 16).

La question de la durée indéterminée des emplois d'avenir provient du fait que ceux-ci sont conclus, lorsqu'il s'agit d'une personne publique, sous la forme d'un « contrat d'accompagnement dans l'emploi » (CAE). Les CAE ont été institués par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. Initialement, l'article 44 de cette loi prévoyait à l'article L. 322-4-7 du code du travail que le contrat de travail pour un CAE est

à « durée déterminée ». L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail a maintenu cette règle en recodifiant cette disposition à l'article L. 5134-24 du code du travail (« *Le contrat d'accompagnement dans l'emploi est un contrat de travail de droit privé à durée déterminée* »). Cependant, la loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion a modifié cet article. Celui-ci dispose, depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, que « *le contrat de travail associé à une convention individuelle de contrat d'accompagnement dans l'emploi, est un contrat de travail de droit privé, soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée* »²⁶. L'article 7 de la loi relative aux emplois d'avenir modifiait notamment les articles L. 5134-21 et L. 5134-24 pour substituer à la notion de « *convention individuelle* » de CAE la notion d'attribution d'une « *aide à l'insertion professionnelle attribuée au titre d'un* » CAE. L'article 13 insérant les mêmes modifications dans le code du travail applicable à Mayotte, aux articles 322-7 et 322-13.

Cette possibilité de CAE à durée indéterminée semble à la fois méconnue et inutilisée. M. Jean-Marc Germain, rapporteur à l'Assemblée nationale, indique ainsi : « *Afin de parvenir à une insertion réelle et durable des jeunes dans l'emploi, il était néanmoins nécessaire de procéder à un certain nombre d'adaptations majeures. En effet, les deux déclinaisons de contrat unique d'insertion respectivement dans le secteur marchand (CIE) et dans le secteur non marchand (CAE) présentaient l'inconvénient d'une durée insuffisante, on l'a dit : la durée moyenne des CAE est de sept mois* »²⁷. Interrogé sur ce point au cours de l'instruction de la saisine par le Conseil constitutionnel, le Secrétariat général du Gouvernement a produit des statistiques montrant que la proportion des CAE conclus par des personnes publiques sous la forme d'un contrat de travail à durée indéterminée est inférieure à 0,3 % des contrats conclus.

La loi du 1^{er} décembre 2008 n'avait jamais été soumise au Conseil constitutionnel. Les CAE, qui peuvent être conclus par des personnes publiques à l'exception de l'État et qui sont réservés à des personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi (article L. 5134-20 du code du travail) posent la même difficulté constitutionnelle que les contrats d'avenir lorsqu'ils sont conclus par des personnes publiques.

²⁶ Un autre dispositif, aujourd'hui disparu, avait prévu une durée indéterminée de contrat au bénéfice des personnes sans emploi principalement de jeunes de 16 à 25 ans. Il s'agit des contrats « *Emploi-solidarité* » (CES). Le CES, créé par la loi du 19 décembre 1989, était initialement un contrat de travail d'une durée déterminée. Cependant, sur amendement adopté contre l'avis du Gouvernement (Mme Aubry), la loi du 29 juillet 1992 a permis, à l'article L. 322-4-8-1 du code du travail, que ce contrat puisse également être à durée indéterminée. Cette possibilité a perduré jusqu'au remplacement du CES par le contrat d'accompagnement dans l'emploi, avec la loi du 18 janvier 2005. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur ces questions dans ses décisions n° 92-311 DC du 29 juillet 1992 et n° 98-403 DC du 29 juillet 1998.

²⁷ Rapport n° 148 déposé le 5 septembre 2012 au nom de la commission des Affaires sociales de l'Assemblée nationale par M. J-M Germain, XIV^{ème} législature.

Selon une jurisprudence ancienne et surnommée « néo-calédonienne » (en raison de la loi à l'occasion de laquelle elle a été formulée pour la première fois en 1985), le Conseil juge que « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* »²⁸. Le Conseil constitutionnel a fait application de cette jurisprudence dernièrement à l'occasion de dispositions qui modifiaient la rémunération du Président de la République et des membres du Gouvernement²⁹.

En l'espèce, les conditions pour que cette jurisprudence puisse être appliquée étaient réunies puisque les dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée, relatives aux emplois d'avenir, affectaient le domaine d'application des dispositions du code du travail relatives au contrat d'accompagnement dans l'emploi. Le Conseil s'est donc saisi des articles L. 5134-21 et L. 5134-24 du code du travail et des articles L. 322-7 et L. 322-13 du code du travail applicable à Mayotte pour formuler à leur égard la même réserve que celle précédemment formulée pour les emplois d'avenir : les collectivités territoriales et les autres personnes publiques ne sauraient recourir au contrat d'accompagnement dans l'emploi que dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée. Le Conseil a toutefois limité les effets dans le temps de cette réserve afin qu'elle n'ait pas d'effet rétroactif de nature à remettre en cause des situations acquises. Il a donc jugé que cette réserve d'interprétation était applicable aux contrats conclus postérieurement à la publication de sa décision. Il s'agit de la quatrième réserve d'interprétation dont le Conseil constitutionnel prévoit qu'elle n'aura d'effets que pour l'avenir, les trois précédentes ayant été prononcées dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité³⁰.

Par cette décision, le Conseil rappelle qu'il fait strictement respecter les exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 en matière d'égal accès aux emplois public. Cette jurisprudence est ancienne et constante. Elle impose que ne soit tenu compte dans un recrutement sur un emploi public que de la capacité, des vertus et des talents.

²⁸ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10.

²⁹ Décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012*, cons. 83.

³⁰ Décisions n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre (Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire)*, cons. 9, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres (Garde à vue II)*, cons. 20 et n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M. (Détenion provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention)*, cons. 7.

Cette jurisprudence constante n'empêche pas de mener des politiques dynamiques en faveur de certains groupes de personnes. C'est ce qu'avait rappelé le comité présidé par Simone Veil en 2008 dans son rapport intitulé « *Redécouvrir le Préambule de la Constitution* ». Ce rapport soulignait l'importance des marges de manœuvre offertes par le cadre constitutionnel pour mettre en œuvre des politiques d'action positive. Mais il rappelait en même temps, pour l'emploi public, la « *vigilance particulière* » de la part du juge constitutionnel au regard des exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le Comité n'avait alors pas proposé de modifier la Constitution sur ce point, estimant les marges de manœuvre suffisantes.