

## Décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014

### *Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie*

La loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie a été adoptée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie le 27 août 2014. Le Conseil constitutionnel a été saisi de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi du pays le 4 septembre 2014 par M. Neko Hnepeune, président de l'assemblée de la province des Îles Loyauté de la Nouvelle-Calédonie.

La saisine répondait aux exigences posées par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : après son adoption par le congrès de la Nouvelle-Calédonie le 21 janvier 2014, douze de ses membres avaient sollicité une nouvelle délibération, qui a eu lieu le 27 août 2014. Le président de l'assemblée de la province des Îles Loyauté a alors déféré cette loi du pays au Conseil constitutionnel, en déposant sa saisine au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie le 3 septembre 2014, soit dans le délai de dix jours prévu par l'article 104 de la loi organique du 19 mars 1999.

Le Conseil constitutionnel, qui disposait d'un délai de trois mois pour se prononcer, a rendu sa décision le 21 novembre 2014.

La loi du pays déferée comportait deux séries de dispositions relatives, pour les premières, à l'intégration d'agents contractuels dans les fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie et, pour les secondes, à la nomination au sein de ces fonctions publiques.

La saisine, qui ne visait que le dispositif d'intégration d'agents contractuels prévu par l'article 1<sup>er</sup>, invoquait, à titre principal, la méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi qui trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa. La saisine invoquait également le principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du pays et jugé les articles 2 à 11 de cette loi inséparables de cet article 1<sup>er</sup>. Il n'a examiné aucune autre disposition de la loi du pays déferée.

## I. – Les normes de référence applicables pour le contrôle des lois du pays

En vertu de l'article 105 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de constitutionnalité sur les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie. À ce titre, il prend en compte l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, qui a été constitutionnalisé par sa mention dans les articles 76 et 77 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel en a tiré les conséquences en jugeant, dès sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 relative à la loi organique prise en application de l'article 77 de la Constitution, « *qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa* »<sup>1</sup>.

La loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie constitue également une norme de référence pour le contrôle de constitutionnalité des lois du pays.

Le Conseil avait implicitement répondu par l'affirmative à cette question en admettant, dans sa décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, l'opérance de griefs tirés de la méconnaissance d'exigences procédurales figurant dans cette loi organique (consultation du Conseil économique et social avant l'adoption des lois du pays à caractère économique ; consultation du Comité des finances locales avant l'adoption des lois du pays relatives aux relations financières entre les collectivités de la Nouvelle-Calédonie)<sup>2</sup>. De même, dans sa décision n° 2013-3 LP du 1<sup>er</sup> octobre 2013, le Conseil avait admis l'opérance du grief tiré de la méconnaissance du domaine de compétence de la loi du pays, qui est déterminé par la loi organique. Le Conseil a admis implicitement la loi organique comme norme de référence pour l'exercice du contrôle opéré sur le fondement de l'article 105 de cette loi<sup>3</sup>.

Dans la décision du 21 novembre 2014 commentée, le Conseil constitutionnel a expressément jugé que la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie constitue une norme de référence pour le contrôle de constitutionnalité des lois du pays, en considérant « *que le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa et des dispositions organiques prises pour leur application* » (cons. 4).

<sup>1</sup> Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 3.

<sup>2</sup> Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*.

<sup>3</sup> Décision n° 2013-3 LP du 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, cons. 10.

## II. – Le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie

### 1. – Le fondement constitutionnel du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi

Ainsi que l'avait relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 mars 1999, le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 : *« le principe de mesures favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, pour l'accès à un emploi salarié ou à une profession indépendante, ou pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ou dans la fonction publique communale, trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa »*<sup>4</sup>.

Cet accord stipule, en premier lieu, dans son préambule qu' *« afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie »*. Au point 2 de cet accord, il est mentionné que *« la notion de citoyenneté... sera aussi une référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local »*. Enfin, le point 3.1.1 stipule : *« Le droit à l'emploi : la Nouvelle-Calédonie mettra en place, en liaison avec l'État, des mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. La réglementation sur l'entrée des personnes non établies en Nouvelle-Calédonie sera confortée.*

*« Pour les professions indépendantes, le droit d'établissement pourra être restreint pour les personnes non établies en Nouvelle-Calédonie.*

*« Pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale, une réglementation locale sera définie pour privilégier l'accès à l'emploi des habitants ».*

Afin d'assurer l'intégration du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi dans le droit positif, l'article 77 de la Constitution, qui a été rétabli par la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, adoptée pour entériner l'accord de Nouméa, a habilité le législateur organique à déterminer, pour la Nouvelle-Calédonie, *« les règles relatives... à l'emploi »*.

C'est ce principe que décline l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, en disposant que : *« Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée*

<sup>4</sup> Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 précitée, cons. 16.

*suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.*

*« De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accès à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence.*

*« La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays. »*

Dans sa décision n° 99-410 DC précitée, le Conseil constitutionnel a admis que la loi organique renvoie à des lois du pays le soin de mettre en œuvre le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi.

## **2. – La conciliation du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi avec le principe constitutionnel d'égalité**

Ainsi que le Conseil constitutionnel l'a relevé dans sa décision n° 99-410 DC, le principe de préférence locale à l'emploi *« déroge aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »*<sup>5</sup>.

On sait, toutefois, que *« sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »*<sup>6</sup>.

Dans sa décision n° 99-410 DC, le Conseil constitutionnel a donc reconnu la dérogation au principe d'égalité instituée par l'accord de Nouméa en matière d'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 19.

Dans cette même décision, le Conseil a précisé, une première fois, que « *de telles dérogations [à des règles ou principes de valeur constitutionnelle] ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord* »<sup>7</sup> et, une seconde fois, que la mise en œuvre du « *principe de mesures favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie pour l'accès à un emploi salarié ou à une profession indépendante, ou pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ou dans la fonction publique communale... sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa* »<sup>8</sup>.

Dans une décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, c'est ce principe d'interprétation stricte qui a conduit le Conseil constitutionnel à censurer une disposition modifiant l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie au motif que « *que l'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre ; que, dès lors, l'article 58 de la loi organique doit être déclaré contraire à la Constitution* »<sup>9</sup>.

### **3. – Le champ d'application du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi**

Déclinant les stipulations de l'accord de Nouméa, l'article 24 de la loi organique du 15 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie précise que bénéficient du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi, les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire, d'une part, les citoyens de la Nouvelle-Calédonie et, d'autre part, les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence. Cet article précise également que ce principe vaut pour l'accès à l'emploi salarié, à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale, ainsi que pour l'accession à l'exercice d'une profession libérale.

### **4. – La législation du pays de Nouvelle-Calédonie en matière de préférence locale pour l'accès à l'emploi**

Le législateur du pays de Nouvelle-Calédonie est intervenu pour mettre en œuvre le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en matière d'emploi salarié. Le congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté la loi du pays

---

<sup>7</sup> Décision n° 99-410 préc., cons. 3.

<sup>8</sup> Décision n° 99-410 préc., cons. 16 et 17.

<sup>9</sup> Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 précitée, cons. 19.

n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, qui a modifié le code du travail de Nouvelle-Calédonie.

L'article Lp. 451-2 dispose : *« Lorsqu'après avoir diffusé son offre d'emploi dans les conditions définies au chapitre II du Titre III, un employeur, qui n'a reçu aucune candidature répondant aux conditions de qualification et de compétence énoncées dans son offre et émanant d'un citoyen de la Nouvelle-Calédonie, peut procéder au recrutement d'une personne justifiant d'une durée de résidence :*

*« a) au moins égale à dix ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle principalement satisfaite par le recrutement local,*

*« b) au moins égale à cinq ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît des difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4,*

*« c) au moins égale à trois ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît d'importantes difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4,*

*« d) inférieure à trois ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît d'extrêmes difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4.*

*« À défaut, il peut procéder à un recrutement sans condition de résidence.*

*« Les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'à égalité de compétences compte tenu des qualifications et de l'expérience professionnelle requises pour occuper l'emploi ».*

En Nouvelle-Calédonie, les dispositions du code du travail s'appliquent à tous les employeurs, qu'ils soient de droit privé ou de droit public, sous les seules exclusions prévues par l'article Lp. 111-3 du code du travail : à l'exclusion des cadres dirigeants des collectivités, les agents contractuels qui ne relèvent pas d'un statut de droit public y sont donc soumis.

### **III. – La loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie**

#### **1. – Les dispositions contestées**

Il existe en Nouvelle-Calédonie deux catégories de fonction publique : d'une part, la fonction publique de la collectivité de Nouvelle-Calédonie et de ses établissements publics (qui a été créée par l'arrêté n° 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux) et, d'autre part,

la fonction publique des communes et de leurs établissements publics (créée par la délibération du congrès n° 486 du 10 août 1994 portant création du statut général des fonctionnaires des communes de Nouvelle-Calédonie et de leurs établissements publics).

En 2010, sur 15 390 agents publics locaux, 54 % avaient le statut de fonctionnaire, les 46 % restants étaient des agents contractuels.

Par deux délibérations du 11 juin 2003, le congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté un plan décennal d'intégration d'agents non titulaires au sein des deux fonctions publiques, en vue d'intégrer 2 000 agents non titulaires.

Cet objectif n'ayant pas été atteint, le congrès a adopté la loi du pays déferée, qui prévoit, notamment, un mécanisme d'intégration étalé sur cinq ans.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du pays déferée est applicable aux agents non fonctionnaires qui occupent un emploi correspondant à un besoin permanent au sein des services de la Nouvelle-Calédonie et de ses institutions, des provinces, des communes, ainsi que de leurs établissements publics ou des syndicats mixtes, et qui justifient d'au moins trois ans d'équivalent temps plein au cours des cinq dernières années. Cet article 1<sup>er</sup> prévoit, en leur faveur, la mise en place, pour une durée maximum de cinq ans, d'un dispositif d'intégration directe aux corps et cadres d'emploi dont les fonctions correspondent à celles au titre desquelles ces agents ont été recrutés.

## **2. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi**

Dans sa saisine, le président de l'assemblée de la province des Îles Loyauté reprochait à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du pays déferée de méconnaître l'exigence constitutionnelle de préférence locale pour l'accès à l'emploi. Le président de l'assemblée de la province Nord faisait valoir, dans ses observations, le même grief.

Pour confronter les dispositions contestées à ce principe constitutionnel, il était nécessaire pour le Conseil constitutionnel d'en déterminer la portée exacte, tant sur la question de la notion d'accès à l'emploi que sur la question du caractère obligatoire de l'instauration de dispositif de préférence locale en la matière.

### *a) L'interprétation de la notion d' « accès à l'emploi »*

Dans sa décision du 21 novembre 2014 commentée, le Conseil constitutionnel a retenu une interprétation de la notion d' « accès à l'emploi » s'étendant aux mécanismes de titularisation dans une fonction publique d'agents contractuels.

Une première orientation aurait consisté à interpréter la notion d'« accès à l'emploi » comme désignant la sortie du non-emploi et l'entrée dans l'emploi. Cette orientation aurait conduit le Conseil à considérer que la dérogation au principe d'égalité permise par l'accord de Nouméa ne saurait s'étendre à des dispositions instituant, comme en l'espèce, un mécanisme d'intégration d'agents contractuels dans la fonction publique, alors que ces agents, par hypothèse, sont déjà employés.

Une seconde orientation, fondée sur une interprétation moins restrictive, consistait à considérer que la notion d'« accès à l'emploi » appliquée à la fonction publique inclut notamment les mécanismes d'intégration d'agents contractuels dans la fonction publique. En effet, l'intégration des agents non-titulaires est considérée, dans les statuts des trois fonctions publiques, comme l'une des « voies d'accès » à la fonction publique. S'agissant, par exemple, de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, l'intégration est prévue par l'article 22, qui figure dans le chapitre III intitulé « Accès à la fonction publique ».

Dans le sens de cette seconde orientation, on pouvait également relever que le principe d'égal accès aux emplois publics qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 protège non seulement l'égalité dans l'accès aux emplois publics, mais aussi l'égalité dans la carrière. En considérant que le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi s'appliquait au dispositif institué par les dispositions contestées (cons. 8), le Conseil constitutionnel a implicitement retenu cette seconde orientation.

#### *b) La préférence locale pour l'accès à l'emploi : une exigence*

Dans sa décision du 21 novembre 2014 commentée, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu une interprétation consistant à faire de la préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie une faculté que la loi du pays pourrait mettre en œuvre ou non. Il a jugé au contraire que la mise en œuvre de ce principe est une exigence.

La lettre des dispositions constitutionnelles et organiques est en ce sens. En effet, on constate que l'accord de Nouméa et la loi organique distinguent le cas de l'emploi salarié et de la fonction publique de celui des professions libérales, en employant pour ces dernières le verbe « pouvoir ». Cela traduit l'existence d'une faculté dans le cas des professions libérales et, *a contrario*, l'existence d'une exigence dans le cas de l'emploi salarié et de la fonction publique. Ainsi, l'accord de Nouméa stipule : « Pour les professions indépendantes le droit d'établissement pourra être restreint pour les personnes non établies en Nouvelle-Calédonie. Pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale, une réglementation locale sera définie pour privilégier



l'accès à l'emploi des habitants » (article 3.1.1.), et l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose : « la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié ... De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence ».

A contrario, les dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article 74 de la Constitution permettent au législateur organique de déterminer, pour les collectivités de l'article 74 dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles « des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi... ».

Considérer que l'accord de Nouméa n'instituerait qu'une faculté aurait ramené les stipulations de cet accord à une portée semblable à celle de l'état du droit applicable, sur le fondement du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution, dans les autres collectivités d'outre-mer dotées du statut d'autonomie. Or, le statut de la Nouvelle-Calédonie dans la Constitution diffère sensiblement de celui de ces collectivités.

Les dispositions déferées au Conseil constitutionnel ne prévoyant aucune mise en œuvre de ce principe, le Conseil constitutionnel les a déclarées contraires à la Constitution en jugeant : « *Considérant que les dispositions contestées ne comportent aucune disposition favorisant l'accès à l'emploi dans la fonction publique des personnes durablement installées en Nouvelle-Calédonie ; que, par suite, elles méconnaissent le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie consacré par l'accord de Nouméa* » (cons. 9).

Sans qu'il soit besoin d'examiner le second grief invoqué, le Conseil constitutionnel a donc censuré l'article 1<sup>er</sup> de la loi du pays relative à l'accès titulaire des fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que ses articles 2 à 11 qui n'en sont pas séparables