

Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014

Province Sud de Nouvelle-Calédonie

(Loi adoptée par référendum – Droit du travail en Nouvelle-Calédonie)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 20 février 2014 par la Cour de cassation (chambre sociale, arrêt n° 628 du 20 février 2014) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la province Sud de la Nouvelle-Calédonie, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit « *des dispositions combinées de l'article 8, 13° de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et de l'article 1^{er} de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie, dans leur rédaction applicable à la date d'adoption de la délibération n° 10/99/APS du 15 juin 1999 de l'assemblée de la province Sud* ».

Dans sa décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les dispositions contestées de la loi du 9 novembre 1988, et il a déclaré le cinquième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 conforme à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et contexte des dispositions contestées

1. – La compétence du législateur national en matière de principes fondamentaux du droit du travail applicables en Nouvelle-Calédonie

La loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances prévoyait (article 5) que les autorités de l'État sont compétentes s'agissant des principes directeurs du droit du travail (12°) et de la fonction publique de l'État (14°).

Après l'abrogation de la loi n° 84-821 par l'article 146 de la loi n° 88-82 du 22 janvier 1988 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, la compétence de l'État pour fixer les principes directeurs du droit du travail a été confirmée par le 13° de l'article 8 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la

Nouvelle-Calédonie en 1998. Cette loi visant à entériner les accords de Matignon du 26 juin 1988 a été adoptée par référendum, sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, le 6 novembre 1988.

Le transfert de la compétence en matière de droit du travail à la Nouvelle-Calédonie a été prévu par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (article 22 : « 2° *Droit du travail et droit syndical ; formation professionnelle, sans préjudice des actions des provinces dans ce domaine, et attribution de diplômes à ce titre ; inspection du travail* »). Aux termes de l'article 99 de la même loi, les lois du pays interviennent dans les domaines suivants : « 3° *Principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale ; garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes* ». L'article 25 de cette loi précise que ces compétences sont transférées à compter du 1^{er} janvier 2000.

Dans le même temps, l'article 233 de la loi organique du 19 mars 1999 prévoit, en son 5°, l'abrogation des dispositions de la loi du 9 novembre 1988. L'entrée en vigueur de cette abrogation correspond au 1^{er} janvier 2000, date à laquelle la compétence a été effectivement transférée.

2. – Le champ d'application des dispositions de droit du travail de l'ordonnance du 13 novembre 1985

Sur le fondement de la compétence du législateur national, a été adoptée l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie.

Son article 1^{er} qui délimite le champ d'application des dispositions de l'ordonnance en exclut, en particulier, les personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public.

Cet article a été modifié par l'article 24 de la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer, pour préciser que l'ordonnance est applicable dans le territoire de Nouvelle-Calédonie « *sous réserve, le cas échéant, des dispositions des traités, conventions ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés* » et que ses dispositions ne portent pas atteinte aux stipulations des contrats individuels de travail plus favorables pour les salariés.

L'interprétation stricte des dispositions du cinquième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 relatives à l'exclusion des personnes

relevant d'un statut de droit public a conduit à soumettre aux principes directeurs du droit du travail applicables en Nouvelle-Calédonie les relations de travail entre les personnes publiques et les agents contractuels, ceux-ci étant employés dans le cadre d'un contrat de travail. C'est ce qui résulte de la jurisprudence constante du Tribunal des conflits¹.

Par conséquent, le collaborateur de cabinet d'une institution de la Nouvelle-Calédonie, s'il n'était pas fonctionnaire (et donc soumis au statut général des fonctionnaires) mais recruté par voie contractuelle, n'était pas soumis à un statut de droit public au sens de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1988. En dépit de l'adoption d'une délibération du Congrès de la Nouvelle-Calédonie n° 100/CP du 20 septembre 1996, le Tribunal des conflits a considéré que les collaborateurs de cabinet recrutés par contrat continuaient de relever du droit privé, l'État étant seul compétent pour édicter les principes directeurs du droit du travail applicables en Nouvelle-Calédonie². Il en résulte que le contentieux du licenciement d'un collaborateur de cabinet relevait des juridictions judiciaires et que ce collaborateur ne pouvait être révoqué *ad nutum*, contrairement à ce que prévoit le droit pour les collaborateurs de cabinet des collectivités³.

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 est demeuré en vigueur une fois que la compétence en matière de droit du travail a été transférée à la Nouvelle-Calédonie. Son cinquième alinéa a été modifié une première fois par l'article 1^{er} de la loi du pays n° 2006-3 du 8 février 2006 portant modification de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985. Puis l'article 4 de la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au code du travail en Nouvelle-Calédonie, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008, l'a codifié aux articles Lp. 111-1 à Lp. 111-3 du code du travail de Nouvelle-Calédonie (article Lp. 111-3 pour les cinquième à huitième alinéas). Enfin, la loi du pays n° 2010-10 du 27 juillet 2010 portant modification du code du travail de Nouvelle-Calédonie a fixé des règles nouvelles applicables aux collaborateurs de cabinet, en vertu desquelles ces collaborateurs recrutés par l'une des institutions ou des collectivités territoriales de la Nouvelle-Calédonie ont la qualité d'agent public et relèvent de la compétence du juge administratif. L'article Lp. 111-3 du code du travail de Nouvelle-Calédonie a été complété par un alinéa aux termes duquel : « *Les collaborateurs des membres du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, les collaborateurs de cabinet, les collaborateurs d'élus ou groupes d'élus des*

¹ Voir Tribunal des Conflits, n°s 02672 du 13 janvier 1992, 02998 du 19 février 1996, 03146 du 15 mars 1999, C3423 du 15 novembre 2004, C3654 et C3655 du 17 décembre 2007, C3775 du 13 décembre 2010 et C3825 du 5 mars 2012.

² Voir Tribunal des Conflits, n° C3654 précité. Et, pour une délibération similaire relative aux collaborateurs des membres du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, Tribunal des conflits, n° C3756 du 28 février 2011.

³ L'article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale disposait à l'origine : « *L'autorité territoriale peut, pour former son cabinet, librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre librement fin à leurs fonctions* ».

institutions et collectivités territoriales relèvent d'un statut de droit public au sens du présent code ». Toutefois, l'article 2 de cette même loi du pays du 27 juillet 2010 a précisé que les personnels recrutés avant l'entrée en vigueur de cette loi du pays restent soumis aux modalités selon lesquelles ils ont été recrutés jusqu'au terme prévu lors de leur recrutement.

B. – Origine de la QPC et question posée

La QPC est posée à l'occasion d'un litige né d'une relation contractuelle entre un agent et la province Sud de la Nouvelle-Calédonie.

Par un arrêté du 3 juillet 2008, Mme C. a été recrutée par la province Sud de Nouvelle-Calédonie en qualité de collaboratrice de cabinet auprès du président de l'assemblée de la Province. L'arrêté procédant au recrutement a été adopté sur le fondement de la délibération n° 10/99/APS du 15 juin 1999 rendant applicable la délibération du Congrès n° 100/CP du 20 septembre 1996 fixant les conditions de recrutement et d'emploi des collaborateurs de cabinet. L'arrêté a été abrogé par un autre arrêté du 9 juin 2009 qui a procédé au recrutement de Mme C. en qualité de collaboratrice auprès du deuxième vice-président de l'assemblée. Convoquée le 16 novembre 2010 à un entretien préalable à son licenciement, Mme C. ne s'est pas présentée à cet entretien. Une lettre du 22 décembre 2010 de la province Sud a mis fin à ses fonctions pour perte de confiance.

Mme C. a saisi le tribunal du travail de Nouméa, lequel a fait droit à ses demandes par un jugement du 13 mars 2012 (condamnant notamment la province Sud à verser des dommages et intérêts). La province Sud ayant interjeté appel, la cour d'appel de Nouméa a confirmé le jugement dans un arrêt du 10 avril 2013. C'est à l'occasion du pourvoi en cassation formé par la province Sud que la QPC a été posée et renvoyée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel.

La province Sud estimait que les dispositions du 13° de l'article 8 de la loi du 9 novembre 1988 combinées à celles de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 privent les autorités de Nouvelle-Calédonie du droit de recourir à des emplois à leur discrétion pour les collaborateurs de cabinet, alors que cette possibilité est ouverte aux collectivités de la métropole.

La province Sud estimait donc que les dispositions contestées étaient contraires au principe de la libre administration des collectivités territoriales en tant qu'elles soumettent au droit commun du droit du travail les relations entre les collectivités territoriales et les collaborateurs de cabinet, ainsi qu'au principe d'égalité, en ce qu'elles privent les autorités territoriales de Nouvelle-Calédonie

de la possibilité de recourir à des collaborateurs librement, alors que cette possibilité a été reconnue à toutes les autres collectivités territoriales françaises.

Compte tenu des griefs formulés par la province Sud, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC, ainsi qu'il a déjà eu l'occasion de le faire à plusieurs reprises. Le Conseil a donc limité la QPC, en ce qui concerne l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985, aux seules dispositions du cinquième alinéa de cet article (cons. 4).

II. – Examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Même si la formulation de la QPC renvoie aux « dispositions combinées » de la loi adoptée par référendum et de l'ordonnance, le Conseil constitutionnel a examiné distinctement les premières de ces dispositions et celles de l'ordonnance.

A. – L'incompétence du Conseil constitutionnel pour examiner la QPC à l'encontre des dispositions issues de la loi adoptée par référendum

La contestation du 13^o de l'article 8 de la loi du 9 novembre 1988 posait la question nouvelle de la recevabilité d'une QPC posée à l'encontre d'une disposition issue d'une loi adoptée par référendum.

La spécificité des lois adoptées par référendum, expression directe de la « souveraineté nationale » (article 3 de la Constitution) a été jusqu'à présent considérée par le Conseil constitutionnel comme faisant obstacle à ce qu'elles fassent l'objet d'un contrôle de constitutionnalité après leur adoption.

Dans sa décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel a en effet jugé : *« que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »*⁴.

⁴ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, cons. 2.

Cette jurisprudence a ensuite été confirmée le 23 septembre 1992 par une formulation qui a toutefois été légèrement modifiée : « *Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie ; que, toutefois, au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* »⁵.

Depuis ces décisions, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a apporté deux changements dans l'état du droit : le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* et le référendum d'initiative partagée.

– D'une part, la création de la QPC a élargi le champ du contrôle de constitutionnalité aux « dispositions législatives » entrées en vigueur. Les travaux parlementaires font apparaître que, dans le cadre de la procédure de la QPC, l'intention du législateur organique n'était pas que les lois adoptées par référendum fassent l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le sénateur Hugues Portelli expliquait ainsi⁶ :

« *Des interrogations demeurent s'agissant de trois catégories de dispositions :*

« *– les lois organiques ;*

« *– les lois référendaires : selon la jurisprudence, le contrôle de constitutionnalité a priori tel qu'il est prévu par l'article 61 de la Constitution vise "uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale".*

« *Selon M. Bruno Genevois, "il y aurait quelque paradoxe à ouvrir une possibilité de contrôle par la voie de l'exception [des lois adoptées par la voie de référendum]. Rien ne paraît justifier que le contrôle a posteriori puisse être plus étendu que le contrôle a priori". Les lois référendaires devraient sans doute être écartées du champ de la question de constitutionnalité.*

⁵ Décision n° 92-313 DC, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, cons. 2.

⁶ M. H. Portelli, *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, n° 637, session 2008-2009, 29 septembre 2009.

« – les lois du pays de Nouvelle-Calédonie ».

– D’autre part, les nouvelles dispositions de l’article 11 de la Constitution issues de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et mises en œuvre par la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013, donnent compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler les dispositions soumises au référendum, mais seulement *avant* qu’elles ne soient, le cas échéant, soumises à référendum.

Lors de la révision constitutionnelle, sur proposition de la commission des Lois du Sénat, la compétence du Conseil constitutionnel a été explicitement étendue au contrôle de la conformité à la Constitution de ces propositions de loi, en modifiant dans le même temps le premier alinéa de l’article 61 de la Constitution pour inclure dans la liste des textes faisant systématiquement l’objet d’un contrôle de conformité à la Constitution « *les propositions de loi mentionnées à l’article 11 avant qu’elles ne soient soumises au référendum* ». Comme l’expliquait le rapporteur de la commission des Lois du Sénat, M. Jean-Jacques Hiest : « *Il a semblé souhaitable à votre commission qu’un tel contrôle puisse intervenir sur les propositions de loi avant qu’elles ne soient soumises à référendum. En revanche, elle a exclu que ce contrôle porte sur les projets de loi afin d’éviter d’ouvrir le débat sur la possibilité, pour le Président de la République, de recourir à l’article 11 pour réviser la Constitution* »⁷. Pour sa part, le rapporteur de la commission des Lois de l’Assemblée nationale, M. Jean-Luc Warsmann, relevait : « *À défaut de l’instauration d’un contrôle de constitutionnalité des projets de loi référendaire avant qu’ils ne soient soumis à référendum, la question qui ne manquera pas de se poser sera celle de leur contrôle a posteriori, dans le cadre de la procédure de question préjudicielle* »⁸.

L’introduction d’une nouvelle procédure référendaire par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne constitue donc pas un fondement constitutionnel justifiant l’abandon de la jurisprudence en matière de contrôle de constitutionnalité *a priori* des projets de loi soumis au référendum.

Au contraire, dans sa décision du 25 avril 2014, le Conseil constitutionnel a confirmé et étendu au contrôle *a posteriori* le raisonnement retenu pour le contrôle *a priori* par les décisions de 1962 et 1992. Il a considéré qu’au regard de l’équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61-1 ne sont pas celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d’un référendum, constituent l’expression directe de la souveraineté nationale (cons. 6 et 7).

⁷ M. Jean-Jacques Hiest, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par l’Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^e République*, Sénat, n° 387, session ordinaire 2007-2008, 11 juin 2008, p. 171.

⁸ M. Jean-Luc Warsmann, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, de modernisation des institutions de la V^e République*, Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 1009, 2 juillet 2008, p. 168.

Le contrôle singulier des propositions de loi déposées en application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce raisonnement, car si de telles propositions de loi sont contrôlées par le Conseil constitutionnel, c'est avant qu'elles ne soient, le cas échéant, soumises à référendum. C'est donc bien la seule expression directe de la souveraineté nationale par la voie du référendum qui, en toute hypothèse, fait écran au contrôle de constitutionnalité ultérieur des dispositions législatives ainsi adoptées, que ce contrôle s'exerce *a priori* ou *a posteriori*.

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré la QPC irrecevable en ce qu'elle porte sur les dispositions du 13° de l'article 8 de la loi du 9 novembre 1988, laquelle a été adoptée par la voie d'un référendum le 6 novembre 1988 (cons. 8).

B. – Les dispositions du cinquième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985

1. – La recevabilité de la QPC à l'encontre des dispositions de l'ordonnance

Dans la décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il « *ne saurait statuer que sur les seules dispositions de nature législative applicables au litige qui lui sont renvoyées* »⁹. Ainsi, lorsqu'il est saisi dans le cadre d'une QPC de dispositions qui n'ont pas une nature législative, soit parce qu'elles sont réglementaires¹⁰ soit parce qu'elles résultent d'une ordonnance non ratifiée¹¹, le Conseil dit n'y avoir lieu à les examiner.

L'ordonnance du 13 novembre 1985 n'a jamais fait l'objet d'une ratification expresse. Toutefois, si l'article 38 de la Constitution dispose, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, que les ordonnances ne peuvent être ratifiées que de manière expresse, cette nouvelle exigence constitutionnelle n'a pas de caractère rétroactif. Dès lors, une ratification implicite antérieure à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 permet de conférer le caractère de dispositions législatives aux dispositions implicitement ratifiées d'une ordonnance.

En l'espèce, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 a été modifié par l'article 24 de la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer sur d'autres points que son cinquième alinéa auquel la QPC a été circonscrite.

⁹ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)*.

¹⁰ Décision n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, *M. Claude C. (Disposition réglementaire – Incompétence)*.

¹¹ Décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É. (Non lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur)*.

Étant donné que les dispositions contestées de l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1985 évoquent le champ d'application des principes directeurs du droit du travail, et que les modifications introduites à cet article par la loi de 1996 portent également sur cette question du champ d'application, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions contestées ont ainsi été implicitement ratifiées par l'article 24 de cette loi (cons. 10).

La QPC a donc été jugée recevable à l'encontre des dispositions du cinquième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985.

2. – Le grief tiré de l'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales

La province Sud faisait valoir que les dispositions contestées soumettent aux règles relatives à la conclusion et à la rupture du contrat de travail les contrats conclus entre les autorités territoriales de la Nouvelle-Calédonie et leurs collaborateurs de cabinet et portent ainsi atteinte à la libre administration de ces autorités.

a) La question de l'opérance du grief

D'après une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, la libre administration des collectivités territoriales, qui découle de l'article 72 de la Constitution, est un droit que la Constitution garantit et dont la violation peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité¹².

Le Conseil constitutionnel considère que les exigences de l'article 72 de la Constitution sont applicables aux collectivités territoriales de droit commun énumérées par cet article, y compris lorsque ces collectivités sont situées dans une collectivité régie par l'article 74 de la Constitution¹³ ou qu'il s'agit d'une collectivité régie par ce même article¹⁴.

En revanche, le Conseil ne s'est jusqu'à présent pas prononcé sur la question de savoir dans quelle mesure ces exigences seraient applicables aux provinces de la Nouvelle-Calédonie. En effet, depuis la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, le titre XIII, relatif aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, se distingue

¹² Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*

¹³ Décision n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete (Contrôle de légalité des actes des communes en Polynésie française)*.

¹⁴ Décision n° 2014-386 QPC du 28 mars 2014, *Collectivité de Saint-Barthélemy (Dotation globale de compensation)*.

des articles de la Constitution applicables aux collectivités territoriales, y compris aux collectivités régies par l'article 74 de la Constitution¹⁵.

Lors du contrôle de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel avait considéré « *que, si le premier alinéa de l'article 2 ne mentionne pas les assemblées de province parmi les institutions de la Nouvelle-Calédonie, alors que le point 2 de l'accord de Nouméa fait figurer ces assemblées parmi lesdites institutions, la loi organique ne méconnaît pas pour autant l'obligation que lui fait l'article 77 de la Constitution de déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie "dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre", dès lors que l'ensemble de ses dispositions, en particulier de celles de son titre IV consacré aux provinces, confère **implicitement mais nécessairement aux assemblées de province les caractéristiques d'une institution de la Nouvelle-Calédonie** ; que, par suite, le premier alinéa de l'article 2 n'est pas contraire à la Constitution* »¹⁶.

Toutefois, en sens inverse, l'article 3 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose : « *Les provinces et les communes de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République. Elles s'administrent librement par des assemblées élues au suffrage universel direct, dans les conditions prévues au titre V en ce qui concerne les provinces* ». La lecture combinée de cette disposition de la loi organique et de la réserve d'interprétation sur l'article 2 de la même loi organique conduit à considérer les provinces de la Nouvelle-Calédonie à la fois comme des collectivités territoriales et comme étant régies par le titre XIII de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel, à partir de cette analyse des provinces de la Nouvelle-Calédonie, a considéré, dans sa décision du 29 juillet 2004, « *que, par les décisions du 15 mars 1999 susvisées, le Conseil constitutionnel a jugé que les assemblées de provinces étaient au nombre des institutions de la Nouvelle-Calédonie et que leurs règles d'organisation et de fonctionnement relevaient de la loi organique prévue à l'article 77 de la Constitution ; que, par suite, si les provinces de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République, elles n'en sont pas moins régies par les dispositions du titre XIII de la Constitution ; qu'il s'ensuit que l'article 72-2 de la Constitution ne leur est pas applicable de plein droit* »¹⁷. Toutefois, le Conseil constitutionnel ajoutait

¹⁵ Le Conseil constitutionnel prend par ailleurs soin de distinguer les collectivités territoriales des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution, dans le cadre de son contrôle du domaine respectif de compétence du législateur ordinaire et du législateur organique (voir par exemple la décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 60).

¹⁶ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 6.

¹⁷ Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 6.

qu'il « *était loisible au législateur organique, compétent en application de l'article 77 de la Constitution, d'étendre aux institutions de la Nouvelle-Calédonie des dispositions du titre XII applicables à l'ensemble des autres collectivités territoriales de la République, [...] à la double condition que cette extension ne soit pas contraire aux orientations de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, auxquelles le titre XIII de la Constitution confère valeur constitutionnelle, et qu'elle recueille l'avis préalable de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie comme l'exige l'article 77 de la Constitution* ». Ce n'est que parce que cette seconde exigence procédurale n'était pas remplie que la disposition appliquant les exigences de l'article 72-2 de la Constitution aux provinces de la Nouvelle-Calédonie a alors été censurée.

Dans la décision commentée du 25 avril 2014, en cohérence avec cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a considéré, dans un premier temps du raisonnement, que le principe de libre administration des collectivités territoriales de l'article 72 de la Constitution n'est pas « *applicable de plein droit* » à l'encontre des dispositions contestées en ce que ces dispositions s'appliquent aux institutions de la Nouvelle-Calédonie (cons. 11). Dans un second temps du raisonnement, il a toutefois considéré que les provinces de la Nouvelle-Calédonie, en ce qu'elles sont régies par les dispositions du titre XIII de la Constitution, voient leur statut fixé par la loi organique, laquelle prévoit expressément qu'en tant que collectivités territoriales, elles s'administrent librement par des conseils élus (article 3 de la loi organique du 19 mars 1999). Ainsi, le principe de libre administration, résultant de l'article 72 de la Constitution et applicable à l'ensemble des autres collectivités territoriales, est étendu aux provinces de la Nouvelle-Calédonie par loi organique.

Le Conseil constitutionnel a donc considéré que législateur organique a « *étendu aux institutions de la Nouvelle-Calédonie des dispositions du titre XII applicables à l'ensemble des autres collectivités territoriales de la République, sans que cette extension soit contraire aux orientations de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 auxquelles le titre XIII confère valeur constitutionnelle* » (cons. 12).

Dès lors, le grief formulé par la province Sud à l'encontre des dispositions du cinquième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1988 était opérant.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel sur la nature des provinces de la Nouvelle-Calédonie, au regard du principe de la libre administration des collectivités territoriale, doit être rapproché de la jurisprudence du Conseil sur la question de savoir dans quelle mesure les dispositions de la Constitution relatives aux « collectivités territoriales » sont applicables à la Nouvelle-Calédonie : les décisions du Conseil constitutionnel sur les lois organiques relatives à la Nouvelle-Calédonie contrôlent le respect de la procédure

d'adoption des projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales prévue par le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution¹⁸. Ainsi, au sens de l'article 39 de la Constitution, la Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale. Elle l'est également au sens du quatrième alinéa de l'article 24 de la Constitution, selon lequel le Sénat « assure la représentation des collectivités territoriales de la République ».

b) Libre administration des collectivités territoriales et liberté de recrutement

S'agissant de la liberté de recrutement d'agents par les collectivités, le Conseil a fixé des limites dans la décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984 :

« Considérant que si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus", chacune d'elles le fait "dans les conditions prévues par la loi" ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution "la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources" ;

« Considérant que, sous réserve de déterminer ces principes, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel pouvait donc, en vue d'instituer des garanties statutaires communes à l'ensemble des agents des collectivités territoriales, attribuer compétence à des centres de gestion composés d'élus de ces collectivités pour effectuer des tâches de recrutement et de gestion de leurs personnels ; qu'elle pouvait rendre obligatoire, sous certaines conditions, l'affiliation de collectivités à ces centres, dès lors que l'autorité territoriale se prononce librement sur les créations et suppressions d'emplois, procède à la nomination aux grades et emplois de la fonction publique territoriale, décide des positions statutaires, de la notation, de l'avancement d'échelon et des propositions d'avancement de grade, dispose dans les conditions du droit commun de la fonction publique du pouvoir disciplinaire et, après observation de la procédure légale, de la possibilité de licenciement pour insuffisance professionnelle ; que l'autorité territoriale n'est privée en outre d'aucun droit de recours contre les actes des centres de gestion ; qu'elle recrute directement les personnels de direction en vertu de l'article 47 et le ou les collaborateurs dont chacune dispose aux termes du premier alinéa de l'article 110 ; qu'en conséquence les limitations de recrutement d'agents non titulaires prévues par

¹⁸ Décisions n°s 2009-587 DC du 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte* ; 2011-633 DC du 12 juillet 2011, *Loi organique modifiant l'article 121 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie* et 2013-678 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*.

l'article 3 et l'obligation d'affiliation à des centres de gestion prévue par les articles 13 et suivants de la loi ne sont pas contraires à la Constitution »¹⁹.

En revanche, dans cette même décision, il a déclaré contraires à la Constitution :

– la disposition frappant de nullité les nominations effectuées par une autorité territoriale libre du recrutement de ses agents et n'ayant pas procédé à la communication des vacances d'emplois aux centres de gestion au motif qu'elle portait atteinte à la libre administration garantie par la Constitution ;

– la disposition prévoyant qu'en cas de suppression d'emploi, la prise en charge du traitement étant assurée par un centre de gestion, la participation de la collectivité concernée fait l'objet d'une majoration qui ne peut être inférieure à la moitié du traitement du fonctionnaire intéressé et qui cesse lors d'une nouvelle affectation de celui-ci ou à l'expiration d'un délai d'un an :

« Considérant que l'institution des centres de gestion visant essentiellement à permettre le recrutement des personnels territoriaux par voie de concours, le nombre d'emplois mis au concours peut, sans violation d'aucune règle ni d'aucun principe de valeur constitutionnelle, correspondre à celui des emplois vacants, comme il en est dans la fonction publique de l'État ; que, dès lors, la loi pouvait garantir au candidat reçu son intégration dans la fonction publique territoriale et prévoir les bases de répartition de la prise en charge de son traitement entre le centre de gestion et la ou les collectivités territoriales auxquelles l'agent aurait été proposé en vain ;

« Considérant que si, au cas de suppression d'emploi, l'article 97, 3^e alinéa, de la loi peut, sans violer aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, mettre à la charge de la collectivité qui a décidé cette suppression, une part importante du traitement de l'agent ainsi privé d'emploi, il en va autrement dans l'hypothèse prévue à l'article 45 ; que, par le renvoi de cet article à l'article 97, la loi assimile à cette situation l'absence de nomination par l'autorité territoriale de celui, parmi les candidats reçus au concours, que le centre de gestion a décidé de lui soumettre ; qu'imposer en ce cas, à une collectivité à laquelle le candidat a été proposé, une charge supérieure à la moitié du traitement de ce candidat, sans distinguer selon la nature ou la valeur des raisons qui ont motivé son refus, constituerait une sanction incompatible avec l'article 72 »²⁰.

S'agissant enfin du recrutement de collaborateurs de cabinet dans les collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel a jugé dans la même décision :

¹⁹ Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, cons. 4 et 5.

²⁰ *Ibid.*, cons. 14 et 15.

« *Considérant qu'aux termes de l'alinéa 1^{er} de [l'article 110 de la loi] : "L'autorité territoriale peut, pour former son cabinet, librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre librement fin à leurs fonctions" ; que les alinéas 2 et 3 de cet article disposent : "un décret en Conseil d'État détermine les catégories de communes et les caractéristiques des établissements publics dont l'importance justifie le recrutement de tels collaborateurs. L'effectif maximal des cabinets ainsi que les modalités de rémunérations de leurs membres sont fixés par ce décret" ;*

« *Considérant que l'alinéa 1^{er} dudit article a justement consacré un principe conforme aux exigences de l'article 72 de la Constitution ;*

« *Considérant que, s'il était loisible au législateur de prévoir une réglementation ouvrant aux communes, notamment selon leur importance, la possibilité de recourir au recrutement d'un nombre plus ou moins grand des collaborateurs visés à l'alinéa 1^{er}, il ne pouvait, sans méconnaître l'article 72 de la Constitution, permettre à l'autorité réglementaire de subordonner le recrutement d'un collaborateur, même unique, à l'appartenance de la commune à une catégorie pour laquelle l'autorité réglementaire estimerait un tel recrutement justifié ; qu'ainsi, l'alinéa 2 de l'article 110 n'est pas conforme à la Constitution »²¹.*

c) L'application à l'espèce

Les dispositions contestées telles qu'interprétées par la jurisprudence constante du Tribunal des Conflits, ont seulement pour effet de soustraire les agents contractuels recrutés par une personne publique en Nouvelle-Calédonie à un statut de droit public, au profit de l'application des règles du droit du travail applicables aux salariés en Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil constitutionnel, à la suite de sa jurisprudence de 1984 relative au recrutement de collaborateurs de cabinet, a confirmé que le principe de la libre administration des collectivités territoriales implique que les autorités territoriales aient la faculté de recruter librement leurs collaborateurs, et qu'elles puissent mettre fin à leurs fonctions dans les conditions prévues par la loi. Serait contraire au principe de la libre administration des collectivités territoriales un dispositif interdisant aux autorités d'une collectivité de mettre fin à la mission de l'un de leurs collaborateurs (à titre de comparaison, le Conseil a jugé contraire à la liberté d'entreprendre une définition du licenciement économique tellement restrictive qu'elle conduisait à interdire à l'employeur des choix économiques²²). En revanche l'encadrement des conditions dans lesquelles il peut être mis fin aux fonctions de ces collaborateurs n'est pas en lui-même contraire à la libre administration des collectivités territoriales.

²¹ *Ibid.*, cons. 17 à 19.

²² Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *loi de modernisation sociale*, cons. 48.

À l'aune de ces exigences, les dispositions contestées ont été jugées comme ne méconnaissant pas le principe de la libre administration des collectivités territoriales de la Nouvelle-Calédonie (cons. 13). La circonstance que les dispositions contestées ont pour effet de soumettre au droit du travail les relations de travail des collaborateurs de cabinet avec les collectivités qui les emploient, même si elle a pour conséquence l'application de règles de licenciement plus contraignantes, ne prive les autorités territoriales de la Nouvelle-Calédonie ni de la faculté d'un recrutement libre de leurs collaborateurs, ni de la possibilité de mettre un terme à leur contrat, dans les conditions définies par la loi.

3.- Le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi

La province Sud invoquait par ailleurs la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi en faisant valoir que les dispositions de l'ordonnance privent les autorités territoriales de Nouvelle-Calédonie de la possibilité de recourir à des collaborateurs révocables librement, alors que cette possibilité a été reconnue à toutes les autres collectivités territoriales françaises.

D'après la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, le principe d'égalité n'est pas méconnu lorsque le législateur règle de façon différente des situations différentes, dès lors que la différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi.

Le Conseil constitutionnel avait déjà considéré par exemple que l'instauration de modalités particulières de recrutement des fonctionnaires des catégories A et B de la fonction publique du territoire de la Nouvelle-Calédonie n'était pas contraire aux exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789²³.

La différence de situation entre, d'une part, la Nouvelle-Calédonie et les collectivités territoriales qui sont sur son territoire et, d'autre part, les autres collectivités territoriales suffit à justifier que les agents contractuels recrutés par une personne publique ne soient pas soumis en Nouvelle-Calédonie aux mêmes règles que celles applicables sur le reste du territoire national (cons. 14).

Le Conseil constitutionnel a donc jugé en l'espèce que les dispositions contestées ne sont contraires ni à la libre administration des collectivités territoriales de Nouvelle-Calédonie ni au principe d'égalité. N'étant contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, les dispositions du cinquième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 ont été déclarées conformes à la Constitution (cons. 15).

²³ 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*, cons. 11 à 13