

Décision n° 2021-7 LP

du 1^{er} avril 2021

(Loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI de la conformité à la Constitution de la loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie. Cette saisine, déposée au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie le 22 janvier 2021, a été enregistrée le même jour au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2021-7 LP. Elle est présentée par le président de l'assemblée de la province Nord, dans les conditions prévues à l'article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution et notamment ses articles 76 et 77 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 DC du 15 mars 1999 ;
- le code du travail de Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux ;

Au vu des pièces suivantes :

- l'avis du Conseil d'État du 29 janvier 2019 transmis au Conseil constitutionnel en application de l'article 100 de la loi organique du 19 mars 1999 mentionnée ci-dessus ;
- les observations déposées au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et transmises au secrétariat général du Conseil constitutionnel le 1^{er} février 2021, présentées par le président du congrès de la Nouvelle-Calédonie ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. Le 20 mars 2019, le congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté une loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie. À la demande de dix-sept membres du congrès, et conformément aux articles 103 et 104 de la loi organique du 19 mars 1999 mentionnée ci-dessus, ce texte a fait l'objet d'une nouvelle délibération, intervenue le 13 janvier 2021. L'auteur de la saisine conteste la conformité à la Constitution du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 mentionnée ci-dessus créé par l'article 27 de la loi du pays déferée.

2. Le paragraphe II de cet article Lp. 11-1 détermine les cas où, par exception à la règle selon laquelle les emplois publics permanents sont occupés par des fonctionnaires, ces emplois peuvent être pourvus par des agents contractuels recrutés pour une durée indéterminée.

3. En premier lieu, le président de l'assemblée de la province Nord estime que, faute de prévoir des règles de nature à garantir que les candidats seront choisis en fonction de leurs capacités, aptitudes et talents, les dispositions de ce paragraphe II qui autorisent, dans certains cas, un recrutement contractuel pour une durée indéterminée méconnaîtraient le principe d'égal accès aux emplois publics.

4. En deuxième lieu, il reproche à ces dispositions de méconnaître le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi. Selon lui, lorsqu'un fonctionnaire se porterait candidat à un emploi permanent ouvert à un recrutement contractuel pour une durée indéterminée, aucune disposition ne lui garantirait le bénéfice de la préférence locale pour l'accès à l'emploi, ce qui permettrait que lui soit préféré un autre candidat qui n'aurait pas la citoyenneté calédonienne ou ne justifierait pas d'une durée de résidence suffisante.

5. En dernier lieu, le requérant estime que le b de ce paragraphe II crée une différence de traitement injustifiée entre les candidats à un emploi permanent, dans la mesure où ne pourront être recrutés par un contrat à durée indéterminée que ceux qui détiennent un contrat ou un engagement à durée indéterminée auprès de leur précédent employeur, dans un domaine d'activité en rapport avec celui du poste à pourvoir. Par ailleurs, le législateur

du pays aurait méconnu sa compétence et entaché la loi du pays d'inintelligibilité en ne définissant pas avec assez de précision les notions d'« *engagement à durée indéterminée* » et de « *domaine d'activité en rapport* » avec celui du poste à pourvoir.

– Sur le a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 :

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics :

6. En vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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* ».

7. Le a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 permet de pourvoir, par dérogation, un emploi public par le recrutement d'un agent contractuel pour une durée indéterminée dans quatre situations. Il en va ainsi lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions exercées, lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées ou lorsque la vacance d'emploi ne peut immédiatement être pourvue par un fonctionnaire présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle requises. La quatrième situation est celle de l'intégration, par un recrutement en contrat à durée indéterminée, d'un agent non titulaire, occupant déjà le poste à pourvoir ou un poste équivalent du même employeur, ayant au moins trois années de services effectifs continus pour ce poste et dont les états de service sont satisfaisants.

8. En premier lieu, le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur du pays de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont en principe occupés par des fonctionnaires.

9. En second lieu, le fait que le législateur ait ainsi déterminé les conditions dans lesquelles le recrutement pour un emploi public peut intervenir sous la forme d'un contrat à durée indéterminée, sans préciser les modalités d'examen des candidatures, ne saurait être interprété comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Dès lors, d'une part, il appartiendra aux autorités chargées 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. D'autre part,

il appartiendra aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission. Sous cette double réserve, les dispositions ne méconnaissent pas le principe de l'égal accès aux emplois publics.

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie :

10. Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays 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.

11. 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.

12. Selon l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 : « *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 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* ».

13. Le paragraphe II de l'article 29 de la loi du pays déferée prévoit que les dispositions du code du travail de Nouvelle-Calédonie pour la protection, le soutien et la promotion de l'emploi local sont applicables au recrutement des agents contractuels de droit public. En vertu de l'article Lp. 451 de ce code, les citoyens de la Nouvelle-Calédonie et les personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence bénéficient d'une priorité d'emploi.

14. Dès lors, tout candidat à un emploi pour lequel le recrutement s'effectuera par la conclusion d'un contrat à durée indéterminée est susceptible de bénéficier de cette priorité d'emploi. La circonstance qu'il serait par ailleurs déjà fonctionnaire est indifférente à cet égard.

15. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie ne peut donc qu'être écarté.

16. Il résulte de tout ce qui précède que, sous la double réserve énoncée au paragraphe 9, le a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 est conforme à la Constitution.

– Sur le b du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 :

17. Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

18. L'objet des dispositions de l'article Lp. 11-1 est de permettre aux employeurs publics de Nouvelle-Calédonie de recruter des agents qui n'ont pas le statut de fonctionnaire, lorsque ce recrutement est adapté à leurs besoins.

19. À ce titre, le b du paragraphe II de l'article Lp. 11-1, créé par le quinzième alinéa de l'article 27 de la loi du pays, permet aux employeurs publics de Nouvelle-Calédonie de pourvoir, par dérogation, un emploi permanent par le recrutement d'un agent contractuel pour une durée indéterminée, à la condition que le candidat recruté ait précédemment exercé, sous un contrat à durée indéterminée, un emploi du secteur public ou du secteur privé relevant d'un domaine d'activité en rapport avec celui du poste à pourvoir.

20. Ce faisant, ces dispositions instaurent une différence de traitement, pour être recruté par l'employeur public selon un contrat à durée indéterminée, entre les candidats titulaires d'un tel contrat avec leur employeur précédent et les autres. Or, l'aptitude d'un candidat à occuper un emploi public ou sa capacité à répondre au besoin de l'administration pour ce poste ne dépend pas du caractère à durée indéterminée ou non du contrat qui le liait à ses précédents employeurs privés ou publics. La différence de traitement ne repose donc pas sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi. Elle n'est pas non plus justifiée par un motif d'intérêt général et méconnaît donc le principe d'égalité devant la loi.

21. Par conséquent, le quinzième alinéa de l'article 27 de la loi du pays doit être déclaré contraire à la Constitution.

22. Le Conseil constitutionnel n'a soulevé d'office aucune question de conformité à la Constitution et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans la présente décision.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1^{er}. – Le quinzième alinéa de l'article 27 de la loi du pays déférée est contraire à la Constitution.

Article 2. – Sous les réserves énoncées au paragraphe 9, le a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990, dans sa rédaction issue de l'article 27 de loi du pays déférée, est conforme à la Constitution.

Article 3. – Cette décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 1^{er} avril 2021, où siégeaient : M. Laurent FABIOUS, Président, Mme Claire BAZY MALAURIE, M. Alain JUPPÉ, Mmes Dominique LOTTIN, Corinne LUQUIENS, Nicole MAESTRACCI, MM. Jacques MÉZARD, François PILLET et Michel PINAULT.

Rendu public le 1^{er} avril 2021.