



Commentaire

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 le 22 janvier 2021 par le président de l'assemblée de la province Nord de la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'un recours portant sur la loi du pays adoptée le 13 janvier 2021 par le congrès de la Nouvelle-Calédonie, relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie. Cette loi du pays, adoptée une première fois par le congrès le 20 mars 2019, avait fait l'objet d'une nouvelle délibération sollicitée par plus de onze membres du congrès conformément à l'article 103 de la loi organique du 19 mars 1999.

L'auteur de la saisine contestait la conformité à la Constitution du seul article 27, en tant qu'il insérait, au sein d'un nouvel article Lp. 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux, un paragraphe II.

Dans sa décision n° 2021-7 LP du 1^{er} avril 2021, le Conseil constitutionnel a, sous une double réserve d'interprétation, déclaré conforme à la Constitution 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 la loi du pays déférée.

Il a en revanche déclaré contraire à la Constitution le quinzième alinéa de l'article 27 de la loi du pays déférée relatif au b du paragraphe II du nouvel article Lp. 11-1.

I. – Les dispositions contestées et les griefs

A. – Les dispositions contestées

Pour l'essentiel, les dispositions contestées avaient été introduites lors de la nouvelle délibération du 13 janvier 2021 sur le projet de loi du pays, par voie d'amendement¹ aux articles 26 et 27 (anciens articles 25 et 26 du projet de loi du pays initial), lesquels modifiaient les dispositions de l'article 11 de la délibération du 24 juillet 1990

¹ Amendement n° 19 à l'article 26 de projet de loi du pays présenté par Mme Sonia Backès et M. Briec Frogier.

précitée, relative aux règles applicables en matière de recrutement des agents contractuels.

Jusqu'à l'adoption de la loi, cet article 11 posait le principe selon lequel les emplois civils permanents des administrations publiques et des établissements publics de Nouvelle-Calédonie sont occupés par des fonctionnaires territoriaux, ainsi que par des agents contractuels relevant de la convention collective des services publics (paragraphe I). Par dérogation à ce principe, il ouvrait la possibilité de pourvoir ces emplois par des « *non-fonctionnaires lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient* » dans différents cas qu'il déterminait (paragraphe II), à savoir :

- lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions du poste à pourvoir ;
- lorsqu'il s'agit de fonctions nouvellement prises en charge par l'administration ou nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées ;
- pour assurer le remplacement momentané de fonctionnaires indisponibles ou pour faire face temporairement, et pour une durée maximale d'un an, à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu par un fonctionnaire ;
- pour occuper un emploi qui ne nécessite qu'un service à temps partiel (dit à temps non-complet) ;
- pour faire face à un besoin saisonnier ou occasionnel ;
- pour occuper certains emplois administratifs de direction.

* Les articles 26 et 27 de la délibération adoptée le 20 mars 2019 ont maintenu à l'article 11, renommé Lp. 11, le principe du recrutement de fonctionnaires pour occuper les emplois publics. Ils ont rassemblé, dans un nouvel article Lp. 11-1, les exceptions à ce principe.

* Le paragraphe I de ce nouvel article Lp. 11-1 reprend les six exceptions précédemment énoncées, qui autorisent le recrutement d'un agent contractuel pour une durée déterminée. S'y ajoute une nouvelle exception pour l'emploi de délégué pour la Nouvelle-Calédonie.

Son paragraphe III introduit trois nouvelles exceptions permettant de recourir à des

agents contractuels plutôt qu'à des fonctionnaires, sans préciser si le recrutement s'effectue pour une durée déterminée ou non : ces trois exceptions correspondent à la nécessité d'« *exécuter une mission occasionnelle précisément définie et non durable* », de « *faire face à un besoin saisonnier* » et de « *faire face à un surcroît temporaire d'activité* ».

Son paragraphe II, qui était le seul contesté par le requérant, porte sur les situations dans lesquelles, par exception, l'employeur public peut recruter un agent contractuel pour une durée indéterminée. Trois cas sont envisagés (les deux premiers au a du paragraphe II et le troisième au b du même paragraphe).

Le premier (première phrase du premier alinéa du a du paragraphe II) correspond à trois situations également visées au paragraphe I : l'absence d'un corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions à pourvoir, la nécessité d'une connaissance technique hautement spécialisée et l'existence d'une vacance insusceptible d'être immédiatement pourvue par un fonctionnaire ayant l'expertise ou l'expérience requise. Pour chacune de ces situations, l'employeur public peut donc décider de recourir à un CDD ou un CDI.

Le deuxième cas (seconde phrase du premier alinéa et les alinéas suivants du a du paragraphe II) correspond à la situation d'intégration ou de renouvellement en CDI d'un agent contractuel. Il s'agit d'autoriser le recrutement en CDI d'un agent ayant trois années de services effectifs et continus pour le compte de l'employeur public sur le même poste que celui à pourvoir ou un poste équivalent. Une condition de compétence est ajoutée : il faut que les états de services de l'intéressé soient « *satisfaisants* » au regard des fonctions précédemment exercées.

Le dernier cas (b du paragraphe II) de recrutement direct en CDI correspond à celui d'une personne « *détenant un contrat ou un engagement à durée indéterminée auprès de leur précédent employeur public ou privé dans un domaine d'activité en rapport avec celui du poste ouvert à la vacance d'emploi* ».

Il s'agit « *d'offrir aux employeurs du secteur public la possibilité d'engager à durée indéterminée des candidats justifiant, tant de l'expérience que d'un CDI [...] dans le domaine d'activité ouvert à la vacance* » et d'éviter de placer les candidats recrutés dans une situation de précarité (par le recours à des CDD successifs) alors qu'ils sont déjà « *opérationnels* »².

² Sous-amendement n° 1 à l'amendement n° 19 précité, présenté par les mêmes membres du congrès.

Un des auteurs de l'amendement l'a défendu en séance publique en le rapportant plus précisément à une situation particulière, celle d'une association qui devait être dissoute et dont les compétences devaient être reprises par la collectivité publique : *« Il s'agit donc là de répondre à une problématique particulière qu'on connaît notamment dans le cadre de la dissolution de la MIJ [mission d'insertion des jeunes], puisqu'aujourd'hui, nous avons des gens à la MIJ qui sont en CDI, et qui vont être repris pour certains par la collectivité et donc pour laquelle la collectivité s'il n'y avait pas de modification, serait obligée de les reprendre en CDD et non pas en CDI. Voilà, il s'agit là d'un amendement différent de ceux qu'on a évoqués depuis le départ et d'un dispositif exceptionnel »*³.

Le recours à un amendement à portée générale pour régler une situation particulière a été dénoncé au cours des débats. Pour M. Philippe Dunoyer, *« ce dont on parle là, ce sous-amendement, [...] on a beaucoup parlé de la MIJ, le président de la province des Îles parle d'autres structures, mais ce n'est pas écrit MIJ dans l'amendement. Évidemment ! Puisqu'on n'a pas le droit de faire ça. / Et donc, en écrivant et en votant cet amendement, on créera dès que le texte sera adopté, instantanément, le droit pour un employeur public de recruter directement une personne qui dispose d'un CDI qu'elle vienne ou pas de la MIJ, sans limitation de conditions [...]. / Donc, juridiquement, puisqu'on crée du droit, il est important effectivement [...] de bien indiquer que tel qu'il est rédigé c'est un article qui ne vise bien sûr pas seulement un cas ou deux, mais la totalité des recrutements potentiels par des employeurs publics »*⁴.

B. – Les griefs du requérant

En premier lieu, l'auteur de la saisine soutenait 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 du paragraphe II, qui autorisent un recrutement contractuel pour une durée indéterminée, étaient contraires au principe d'égalité d'accès aux emplois publics.

En deuxième lieu, il reprochait à ces mêmes dispositions de méconnaître le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi. Selon lui, aucune disposition garantissant la préférence locale ne s'appliquerait à un fonctionnaire se portant candidat à un emploi permanent ouvert à un recrutement en CDI, ce qui autorisait de lui préférer un agent contractuel qui n'aurait pas la citoyenneté calédonienne ou ne justifierait pas d'une durée suffisante de résidence.

³ JO de la Nouvelle-Calédonie du 11 mars 2021, n° 407-C (C.R.), Année 2020, p. 98.

⁴ *Ibid.*, p. 104.

En dernier lieu, critiquant plus particulièrement les dispositions du b du paragraphe II de l'article Lp. 11-1, l'auteur de la saisine leur reprochait de créer une différence de traitement injustifiée entre les candidats à un emploi permanent, dans la mesure où ne pouvaient 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. Il reprochait, par ailleurs, à ces dispositions de méconnaître la compétence du législateur du pays et d'être entachées 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.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Dans sa décision du 1^{er} avril 2021, le Conseil constitutionnel a d'abord examiné la conformité à la Constitution du a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 avant de se prononcer sur celle du b du même paragraphe.

A. – Les normes de référence applicables au contrôle des lois du pays

Comme pour tous les textes intéressant la Nouvelle-Calédonie, le Conseil exerce son contrôle au regard de la Constitution, mais également de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, qui a été constitutionnalisé par sa mention dans les articles 76 et 77 de la Constitution. S'y ajoute la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, qui met en œuvre ces accords et organise la répartition des pouvoirs et des compétences au sein de la Nouvelle-Calédonie et entre elle et l'État.

La détermination des normes de référence applicables en la matière est d'ailleurs consacrée dans une formule de principe, confirmée à plusieurs reprises, selon laquelle « *le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays s'exerce 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* »⁵.

⁵ 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, le Conseil précise que son contrôle s'exerce au regard de la Constitution et des accords de Nouméa (cons. 3 et 16). Dans ses décisions suivantes, il complète cette formule de principe par la référence expresse à la loi organique du 19 mars 1999 (cf. décisions 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*, cons. 4 ; n° 2014-5 LP du 27 février 2015, *Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces*, cons. 2 ; et n° 2016-6 LP du 16 juin 2016, *Loi du pays portant création du code agricole et pastoral de Nouvelle-Calédonie et relative aux baux ruraux*, paragr. 5).

B. – Les cas de recrutement d’agents contractuels pour une durée indéterminée prévus par le a du paragraphe II de l’article Lp. 11-1

1. – L’examen du grief tiré de l’atteinte au principe d’égal accès aux emplois publics

a) La jurisprudence constitutionnelle

* Le principe d’égal accès des citoyens aux emplois publics, qui découle de l’article 6 de la Déclaration de 1789⁶, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de leur capacité, de leurs vertus et de leurs talents⁷.

Avant d’engager ce contrôle, le Conseil constitutionnel s’assure de l’opérance de ce grief au regard de l’objet des dispositions législatives contestées. À cet égard, il retient une interprétation assez large de la notion de « *places et emplois publics* » puisqu’il juge que ce principe s’applique à l’occasion du contrôle des règles de recrutement d’agents non-titulaires ou contractuels⁸.

Cette exigence constitutionnelle est applicable pour l’accès aux emplois publics en Nouvelle-Calédonie⁹.

* S’agissant de la portée de ce principe, le Conseil constitutionnel a eu l’occasion de préciser qu’il n’interdit pas au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires puissent autoriser le recrutement d’agents sans concours. Ce principe n’impose pas non plus que le recrutement de fonctionnaires de catégorie A s’effectue parmi les seuls titulaires de diplômes de l’enseignement supérieur¹⁰.

Par ailleurs, dans sa décision n° 2019-790 DC, le Conseil constitutionnel a rappelé

⁶ Décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres (Loi Université)*, cons. 7.

⁷ Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 5.

⁸ Il a jugé, par exemple, qu’en raison de la mission confiée aux assistants d’éducation, ceux-ci occupent des places et emplois publics au sens de l’article 6 de la Déclaration de 1789 (décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d’éducation*, cons. 10). En revanche, tel n’est pas le cas du dispositif social d’aide à l’accès aux emplois de l’enseignement, dits « emplois d’avenir professeur » (décision n° 2012-656 DC DC du 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d’avenir*, cons. 7 et 8).

⁹ Voir, par exemple, 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.

¹⁰ 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. 10 et 12.

que ce 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 qui sont en principe occupés par des fonctionnaires¹¹. Ainsi, le principe affirmé par le législateur selon lequel les emplois permanents des administrations publiques sont occupés par des fonctionnaires ne répond à aucune exigence de valeur constitutionnelle. Le Conseil a également précisé dans la même décision, en réponse à un grief, que « aucune exigence constitutionnelle n'impose que tous les emplois participant à l'exercice de "fonctions régaliennes" soient occupés par des fonctionnaires »¹².

* Lorsqu'il contrôle des dispositions qui permettent aux employeurs publics de recruter des agents contractuels à l'aune de ce principe d'égal accès aux emplois publics, le Conseil constitutionnel s'assure donc que le dispositif institué est nécessairement interprété dans un sens conforme à l'exigence constitutionnelle que les décisions de recrutement soient fondées sur la capacité des candidats à exercer les missions qui leur seront confiées.

De deux choses l'une.

– Soit le législateur a expressément prévu, au titre des garanties fondamentales accordées à une catégorie de fonctionnaires, des dispositions régissant l'évaluation de leur capacité à exercer leur emploi (recrutement par voie de concours, par exemple). Dans ce cas, le Conseil se fonde sur cette garantie pour juger le dispositif conforme à l'exigence constitutionnelle d'accès aux emplois publics.

Ainsi, dans sa décision n° 2019-790 DC précitée, le Conseil était saisi des dispositions de la loi de transformation de la fonction publique qui avaient pour objet d'élargir les cas dans lesquels des agents contractuels pouvaient être recrutés pour occuper des emplois permanents dans les trois versants de la fonction publique. Il a jugé que ces dispositions ne méconnaissaient pas le principe d'égal accès aux emplois publics après avoir relevé, d'une part, qu'il résultait de différentes dispositions s'imposant aux employeurs publics des trois fonctions publiques que « le recrutement d'agents contractuels pour pourvoir des emplois permanents doit respecter une procédure garantissant l'égal accès aux emplois publics. À ce titre, l'autorité compétente assure la publicité de la vacance et de la création de ces emplois », et que, d'autre part, « conformément au paragraphe I de l'article 32 de la

¹¹ Décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019, *Loi de transformation de la fonction publique*, paragr. 30. Voir également, à propos de la nomination d'agents contractuels sur des emplois permanents de directions de certains établissements publics, 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*, cons. 12.

¹² Décision n° 2019-790 DC précitée, paragr. 36.

loi du 13 juillet 1983, il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle du juge, de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission, y compris pour les emplois pour lesquels la procédure mentionnée au paragraphe précédent ne s'applique pas ».

– Soit le législateur n'a rien prévu pour s'assurer de la capacité des candidats à exercer l'emploi à pourvoir, renvoyant ainsi implicitement cette garantie aux modalités d'application que déterminera le pouvoir réglementaire. Ce dernier étant soumis au respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès aux emplois publics, le Conseil constitutionnel se borne à formuler une réserve d'interprétation en ce sens.

Ainsi, dans sa décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, saisi de dispositions qui permettaient aux chefs d'établissement d'enseignement de recruter en CDD des assistants d'éducation et qui précisait que ce type de recrutement devait bénéficier en priorité aux étudiants boursiers, le Conseil a jugé ces dispositions conformes à la Constitution après avoir formulé la réserve suivante : *« 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 »*¹³. Par cette dernière phrase, le Conseil admet donc la prise en compte d'un critère non fondé sur la capacité, vertu ou talent, mais uniquement à titre subsidiaire.

Dans sa décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, le Conseil a réitéré cette réserve d'interprétation s'imposant aux employeurs publics. Il l'a toutefois accompagnée d'une seconde réserve s'imposant au pouvoir réglementaire d'application de la loi, afin de renforcer l'effectivité de l'exigence constitutionnelle d'égal accès aux emplois publics. Le Conseil était saisi de dispositions autorisant la nomination de personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires dans les emplois de directeurs d'établissements publics de santé ou d'établissements sociaux ou médico-sociaux. Les requérants soutenaient que la possibilité de telles nominations en l'absence de tout critère précis quant aux talents et aux compétences des personnes nommées méconnaissait le principe d'égal accès aux emplois publics. Le Conseil a toutefois jugé que si ce principe n'interdit pas de nommer des agents contractuels dans des emplois de direction d'établissement public, *« 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 réglementaire, chargé de prendre les mesures*

¹³ Décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003 précitée, cons. 10.

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 »¹⁴.

b) L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel s'est inscrit dans la ligne de la jurisprudence ainsi décrite. Après avoir rappelé que 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* » (paragr. 8), il a constaté que le législateur n'avait pas précisé les modalités d'examen des candidatures à ces postes. Il a donc formulé les deux réserves d'interprétation précitées, prohibant tout recrutement méconnaissant l'exigence d'égal accès à l'emploi public. Il a ainsi imposé 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. Il a exigé des autorités compétentes qu'elles fondent leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission (paragr. 9).

Sous cette double réserve, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief relatif au a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 (même paragr.).

2. – L'examen du grief tiré de la méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie

¹⁴ Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009 précitée, cons. 12.

Voir également dans une logique assez similaire mais sans formulation d'une telle réserve d'interprétation, la décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, *M. Robert C. (Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique)*, dans laquelle était critiqué le dispositif permettant la nomination d'agents contractuels à des postes de directeurs d'administration centrale, au motif qu'il n'organisait pas de procédure de sélection des candidats à ces postes et ne définissait pas les conditions de nomination à ces emplois. Le Conseil a écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'égal accès aux emplois publics en jugeant que « *si la disposition contestée réserve au Gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination aux emplois supérieurs dans la fonction publique, dont les titulaires sont étroitement associés à la mise en œuvre de sa politique, elle ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789, en vertu desquelles son choix doit être fait en prenant en considération les capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi* » (cons. 4).

a) La jurisprudence constitutionnelle

* Le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi trouve son fondement constitutionnel initial dans l'accord de Nouméa qui prévoit : « *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* ». Cet accord précise que ce principe de préférence locale est mis en place dans les différents secteurs d'activité et, notamment, pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale (article 3.1.1. de l'accord de Nouméa).

Dans le prolongement de ces dispositions, l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 rappelle 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 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'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence* ».

* Compte tenu de ce double fondement constitutionnel, le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi constitue une norme relevant du bloc de constitutionnalité applicable dans le contrôle des lois du pays¹⁵.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser la portée de cette exigence constitutionnelle dans sa décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014. Après avoir rappelé les termes de l'accord de Nouméa et de la loi organique ainsi que ceux de l'article 77 de la Constitution qui confie au législateur du pays la compétence pour fixer les règles relatives à l'emploi, il a jugé « *qu'il résulte de ces dispositions qu'il appartient au législateur du pays de mettre en œuvre le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi, consacré par l'accord de Nouméa, dans les mêmes conditions pour l'accès à l'emploi dans la fonction publique que pour l'emploi salarié* »¹⁶. Le commentaire de cette décision relève à cet égard que « *le Conseil*

¹⁵ 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.

¹⁶ Décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014 précitée, cons. 8.

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 ».

Dans cette affaire, dès lors que les dispositions contestées ne comportaient aucune disposition favorisant l'accès à l'emploi dans la fonction publique au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifiaient d'une durée suffisante de résidence, le Conseil constitutionnel a jugé qu'elles méconnaissaient le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi.

b) L'application à l'espèce

Dans la mesure où le grief qui était invoqué par le requérant mobilisait une norme particulière prenant sa source dans l'accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999, le Conseil constitutionnel a tenu à rappeler sa formule de principe sur les normes de référence qui s'appliquent en matière de contrôle de constitutionnalité des lois du pays (paragr. 10) avant de citer les dispositions consacrant cette norme particulière (paragr. 11 et 12).

La loi du pays déférée devant le Conseil a prévu l'application de ce principe de préférence locale en renvoyant (paragraphe II de l'article 29 de la loi du pays déférée) au dispositif applicable pour l'accès à l'emploi salarié tel qu'il est actuellement déterminé par les articles Lp. 450 et suivants du code du travail de Nouvelle-Calédonie. L'article Lp. 451 pose le principe selon lequel « *à condition de qualifications et compétences égales, l'employeur est tenu de donner la priorité au citoyen de la Nouvelle-Calédonie* ». C'est seulement dans l'hypothèse où il ne reçoit aucune candidature répondant aux conditions de qualification et de compétence énoncées dans son offre et émanant d'un citoyen de la Nouvelle-Calédonie, que l'employeur pourra, à défaut, procéder au recrutement d'une personne justifiant d'une durée de résidence suffisante selon l'activité professionnelle du poste¹⁷.

¹⁷ Dont le quantum est déterminé en fonction des difficultés locales de recrutement pour l'activité professionnelle concernée : plus le recrutement local est considéré comme difficile, plus la durée de résidence exigée du candidat est basse (article Lp. 451-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie).

Il convient d'observer qu'un second dispositif a été adopté par le législateur du pays pour l'accès aux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie (territoriale et communale) : il s'agit de la loi du pays n° 2016-17 du 19 décembre 2016 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local pour l'accès aux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie. Comme le dispositif précédemment décrit, il s'agit de favoriser l'accès à l'emploi titulaire des citoyens de la Nouvelle-Calédonie, et, à défaut, des personnes justifiant d'une durée de résidence suffisante sur ce territoire. Le principe de préférence est décliné selon les différents modes d'accès à la fonction publique applicables sur ce territoire, à savoir le recrutement par concours, le recrutement sur titre et le recrutement par voie d'intégration

Sur ce point, le requérant ne critiquait pas le fait que les agents contractuels ne pourraient pas bénéficier de l'application de ce principe mais le fait que les fonctionnaires candidats à ces emplois ne pourraient pas en bénéficier.

Tel n'était cependant pas l'état du droit : le renvoi aux dispositions du code de travail de Nouvelle-Calédonie sur la préférence locale pour l'emploi était applicable à tous les candidats, quel que soit par ailleurs leur statut professionnel au moment de leur candidature : « *La circonstance qu'[un candidat] serait par ailleurs déjà fonctionnaire est indifférente à cet égard* » (paragr. 14). La lacune dénoncée par le requérant n'existait pas.

Après avoir écarté ce second grief, le Conseil constitutionnel a jugé que, sous la double réserve relative au principe d'égal accès aux emplois publics, le a du paragraphe II de l'article Lp. 11-1 est conforme à la Constitution (paragr. 16).

C. – Le cas de recrutement d'agents contractuels pour une durée indéterminée prévu par le b du paragraphe II de l'article Lp. 11-1

1. – La jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité devant la loi

Le principe d'égalité devant la loi résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». De manière constante, le Conseil constitutionnel juge que « *Le principe d'égalité 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.

Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel s'attache non seulement à vérifier que le traitement différencié institué par la loi est justifié par une différence objective de situation ou par un motif d'intérêt général, mais aussi qu'il existe un lien logique entre ce traitement différencié et l'objet de cette loi. Cette seconde condition permet au Conseil constitutionnel de censurer des différences de traitement qui, bien que fondées sur des différences objectives de situation, sont totalement incohérentes au regard de l'objet des dispositions qu'il contrôle. Pour contrôler cette seconde

¹⁸ Voir, par exemple, la récente décision n° 2020-883 QPC du 12 février 2021, *Mme Marguerite P. et autres (Mesures transitoires accompagnant les nouvelles dispositions relatives à l'instauration des périmètres de protection des captages d'eau potable)*, paragr. 3.

condition, tout l'enjeu est de déterminer ce qu'est l'objet de la loi examinée.

Dans sa décision n° 2010-93 QPC, le Conseil a constaté que l'objet des allocations et rentes de reconnaissance en faveur des anciens harkis et membres des formations supplétives ayant servi en Algérie était de tenir compte des charges entraînées par leur départ d'Algérie et leur réinstallation en Europe. Le Conseil a estimé que le critère de la résidence était en lien direct avec cet objet mais que ce n'était pas le cas de celui de la nationalité, qui ne pouvait, dès lors, fonder une différence de traitement entre les intéressés¹⁹.

Dans sa décision n° 2018-747 QPC du 23 novembre 2018, le Conseil était saisi d'une différence de traitement en matière d'assujettissement à l'impôt sur le revenu des rentes viagères servies en réparation d'un préjudice corporel : celles versées en exécution d'une décision de justice étaient affranchies d'impôt, celles versées en application d'une transaction ne bénéficiaient pas de ce régime fiscal. Il existait bien une différence de situation entre les deux types de rentes mais, compte tenu de l'objet de la loi, le Conseil ne l'a pas considérée déterminante. Il a jugé que « *Les dispositions contestées instituent donc une différence de traitement entre les victimes d'un même préjudice corporel. Cette différence de traitement est sans rapport avec l'objet de la loi, qui est de faire bénéficier d'un régime fiscal favorable les personnes percevant une rente viagère en réparation du préjudice né d'une incapacité permanente totale* ». Ce traitement différencié a donc été déclaré contraire à la Constitution²⁰.

Plus récemment, dans sa décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020, le Conseil était saisi de dispositions issues de la loi de transformation de la fonction publique qui permettaient au fonctionnaire, au cours de la procédure de rupture conventionnelle, de se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix. Après avoir relevé que ces dispositions établissaient une différence de traitement entre les organisations syndicales représentatives et les organisations syndicales non représentatives, le Conseil a jugé que cette différence de traitement était sans rapport avec l'objet de la loi, et donc contraire au principe d'égalité, dès lors que si, en adoptant ces dispositions, le législateur avait entendu accorder une garantie au fonctionnaire durant la procédure de rupture conventionnelle, « *le caractère représentatif ou non d'un syndicat ne détermine pas la capacité du conseiller qu'il a désigné à assurer l'assistance du*

¹⁹ Décision n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité (Allocation de reconnaissance)*, cons. 10.

²⁰ Décision n° 2018-747 QPC du 23 novembre 2018, *M. Kamel H. (Assujettissement à l'impôt sur le revenu des rentes viagères servies en réparation d'un préjudice corporel)*, paragr. 7 et 8.

fonctionnaire dans ce cadre »²¹.

Même lorsque la différence de traitement est justifiée par un motif d'intérêt général, le Conseil constitutionnel s'assure que le critère de distinction retenu par le législateur est bien en rapport avec cet objectif d'intérêt général. La décision n° 2012-656 DC en fournit un exemple. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que le législateur pouvait, au nom de l'objectif d'intérêt général d'insertion poursuivi, réserver le dispositif social des « *emplois d'avenir professeur* » (qui ne correspondait pas à un emploi public) à des étudiants titulaires de bourses de l'enseignement supérieur, et qu'il pouvait également octroyer une priorité d'accès à ce dispositif à ceux « *qui effectuent leurs études dans une académie ou une discipline connaissant des difficultés particulières de recrutement et qui, soit ont résidé dans une zone urbaine sensible, dans une zone de revitalisation rurale ou dans les départements d'outre-mer et dans 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* ». Son raisonnement se fonde sur le fait que, en retenant ces catégories, « *le législateur s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec la finalité d'intérêt général qu'il s'est assignée* »²².

2. – L'application à l'espèce

Pour exercer son contrôle sur la différence de traitement dénoncée, le Conseil constitutionnel s'est d'abord attaché à identifier l'objet général des dispositions du paragraphe II de l'article Lp. 11-1. En les adoptant, le législateur du pays a souhaité « *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* » (paragr. 18).

Dans ce cadre général, le b du paragraphe II entendait permettre aux employeurs publics de recruter en CDI sur des postes permanents des personnes à la condition qu'elles aient précédemment exercé, sous un CDI, un emploi du secteur public ou du secteur privé relevant d'un domaine d'activité en rapport avec celui du poste à pourvoir.

Ces dispositions autorisaient donc les employeurs publics de Nouvelle-Calédonie, en matière de recrutement sur des emplois permanents, à traiter différemment des candidats selon qu'ils étaient ou non titulaires d'un tel type de contrat auprès de leur

²¹ Décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020, *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autre (Assistance d'un fonctionnaire durant une rupture conventionnelle)*, paragr. 7 et 8.

²² Décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. 8 et 9.

employeur précédent.

Le Conseil constitutionnel a considéré que cette différence de traitement ne reposait pas sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi précisé plus haut puisque « *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* » (paragr. 20).

En effet, le fait qu'une personne ait acquis son expérience professionnelle antérieure dans le cadre d'un CDI ou d'un CDD ne permet pas d'en conclure qu'elle serait susceptible de mieux répondre aux besoins de l'employeur public si elle était recrutée dans le cadre d'un CDI. Ainsi, le critère sur lequel était fondé cette différence de traitement ne permettait pas de rendre compte d'une différence de situation pertinente au regard de l'objet de la loi.

Dès lors que la différence de traitement instituée n'était pas non plus justifiée par un motif d'intérêt général, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées de la loi du pays déférée étaient contraires à la Constitution (paragr. 21 et 22).