

# JURISPRUDENCE SOCIALE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

(première partie)

par Pierre-Yves GAHDOUN,  
Professeur à l'Université de Montpellier – CERCOP

La question prioritaire de constitutionnalité vient de fêter son cinquième anniversaire. Le bilan est à la fois décevant et encourageant.

Décevant, parce que certains spécialistes du droit social annonçaient un raz-de-marée qui n'est jamais arrivé. Plus rénovateur que destructeur, le Conseil constitutionnel n'a jamais fait preuve d'une grande sévérité à l'égard des dispositions critiquées. Logiquement, les déceptions ont été à la hauteur des attentes.

Encourageant, parce que les chiffres montrent – y compris en droit social – que le justiciable s'est pleinement saisi de ce nouvel instrument. Plus de 130 articles du Code du travail ont fait l'objet d'un examen de recevabilité par la Chambre sociale. Moitié moins pour le Code civil (1). Mais, surtout, au-delà des

prétoires, des cabinets d'avocat et des couloirs feutrés du Palais-Royal, la QPC a renouvelé le questionnement sur les droits constitutionnels des travailleurs, avec des colloques, des numéros spéciaux dans les revues, des échanges de toutes sortes, des discussions doctrinales, des enseignements, des chroniques aussi. Finalement, la QPC n'est pas seulement une nouvelle voie de droit, c'est aussi un formidable outil de réflexion sur les droits et libertés des salariés.

Pour la période analysée (juillet 2014 – juillet 2015), quatre décisions du Conseil constitutionnel méritent une attention particulière : la décision n°2014-4 LP du 21 novembre 2014, la décision n°2015-465 QPC du 24 avril 2015, la décision n°2014-698 DC du 6 août 2014 et la décision n°2014-704 DC du 11 décembre 2014 (les deux dernières à paraître dans le prochain numéro du Droit Ouvrier).

(1) V. les informations disponibles sur le site internet de la Cour de cassation.

## FONCTIONNAIRES ET AGENTS PUBLICS – Titulaires – Accès à l'emploi – Dispositif d'intégration d'agents non-titulaires – Loi du pays (Nouvelle-Calédonie) – Personnes durablement installées – Préférence locale pour l'accès à l'emploi – Prise en compte – Nécessité (oui).

Décision n°2014-4 LP du 21 novembre 2014

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

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 4 septembre 2014, par recours enregistré au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie le 3 septembre 2014, présenté par le président de l'assemblée de la province des Îles Loyauté, dans les conditions prévues à l'article 104 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999, de la conformité à la Constitution de la loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution et notamment ses articles 76 et 77 ;

Vu la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ensemble la décision du Conseil n°99-410 DC du 15 mars 1999 ; (...)

1. Considérant que le 21 janvier 2014, le congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté une loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie ; qu'à la demande de douze membres du congrès, et conformément aux articles 103 et 104 de la loi organique susvisée, ce texte a fait l'objet d'une nouvelle délibération, intervenue le 27 août 2014 ; que l'auteur de la saisine conteste la conformité à la Constitution de son article 1<sup>er</sup> ;

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

3. Considérant que selon les présidents des assemblées des provinces Nord et des Îles Loyauté, les dispositions contestées méconnaissent le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi dès lors que le dispositif d'intégration d'agents non titulaires institué par elles ne comporte pas de disposition favorisant les personnes durablement installées en Nouvelle-Calédonie ; qu'ils soutiennent également que les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité ;

4. Considérant que le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa et des dispositions organiques prises pour leur application ;

5. Considérant que 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 ; que celui-ci stipule en effet, dans son préambule, qu' « afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie » ; qu'en outre, en vertu du point 2 de l'accord, la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, qui fonde les restrictions apportées au corps électoral appelé à désigner les « institutions du pays », sert aussi de « référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local » ; qu'enfin, selon le point 3.1.1 de l'accord de Nouméa : « la Nouvelle-Calédonie mettra en place, en liaison avec l'État, des mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. La réglementation sur l'entrée des personnes non établies en Nouvelle-Calédonie sera confortée.

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

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

6. Considérant que l'article 77 de la Constitution a habilité le législateur organique à déterminer, pour la Nouvelle-Calédonie, « les règles relatives... à l'emploi » ;

7. Considérant que l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie susvisée dispose, en son alinéa 1<sup>er</sup>, 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 » ; que le même article dispose, en son alinéa 2 que « 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 » ; que son alinéa 3 dispose : « La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays » ; que, dans sa décision du 15 mars 1999 susvisée, le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions de cet article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 ; qu'il a jugé qu'il appartient aux « lois du pays » prises en application de l'article 24, et susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, de fixer, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, la « durée suffisante de résidence » mentionnée aux premier et deuxième alinéas de cet article en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa ;

8. Considérant 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 ;

9. Considérant que les dispositions contestées ne comportent aucune disposition favorisant l'accès à l'emploi dans la fonction publique au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence ; que, par suite, elles méconnaissent le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie consacré par l'accord de Nouméa ;

10. Considérant que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du pays déferée, ainsi que de ses articles 2 à 11 qui n'en sont pas séparables, doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup>.- Les articles 1<sup>er</sup> à 11 de la loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie sont contraires à la Constitution.

## Note.

Dans sa décision du 21 novembre 2014, le Conseil censure pour la première fois une disposition législative sur la base du principe constitutionnel de « *préférence locale pour l'accès à l'emploi* ». Il s'agissait, en l'espèce, du contentieux, peu abondant mais toujours passionnant, des « lois du pays » de la Nouvelle-Calédonie. La collectivité de Nouvelle-Calédonie dispose, en effet, d'un statut constitutionnel largement dérogoire ; elle peut notamment adopter des actes – les « lois du pays » – qui ont la particularité d'être soumis à un contrôle de constitutionnalité (et non pas un contrôle de légalité) sur la base des articles 76 et 77 de la Constitution.

Certains représentants de la collectivité avaient saisi le Conseil afin de contrôler une disposition adoptée par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie autorisant la titularisation de plusieurs milliers d'agents contractuels de la fonction publique locale. L'objectif était louable : permettre une intégration rapide d'un personnel déjà formé, motivé et compétent. Mais le procédé pouvait surprendre : il revient normalement aux autorités administratives d'organiser un mode de recrutement qui permet à chacun de prétendre à un emploi public « *selon ses capacités et sans autre distinction que les vertus et les talents* » nous dit l'article 6 de la Déclaration de 1789. Pas obligatoire, mais fortement recommandé, le concours est évidemment l'instrument de choix ; il assure l'égalité, la transparence et l'impartialité entre les candidats à tous les niveaux. Logiquement, le Conseil censure donc la disposition et invite la collectivité de Nouvelle-Calédonie à revoir sa copie.

L'originalité de cette décision du 21 novembre 2014 vient, en réalité, du fondement utilisé. Curieusement, le juge ne mobilise pas le principe d'égalité, comme il le fait habituellement. Il utilise ici un principe inédit : « *la préférence locale pour l'accès à l'emploi* ». Pour consacrer ce principe, le Conseil souligne d'abord que « *l'accord de Nouméa et les dispositions organiques prises pour son application* » font partie des normes servant de référence au contrôle de constitutionnalité des lois du pays. Pour la Nouvelle-Calédonie, le « bloc de constitutionnalité » est donc plus grand, plus étoffé, plus contraignant aussi, puisqu'il comprend à la fois des normes constitutionnelles, des normes organiques et même une norme contractuelle ! Sur cette base, le Conseil constate que l'accord de Nouméa impose – et non pas permet – l'instauration d'une préférence locale

en matière d'emploi. Obligation plutôt que faculté : toute loi du pays qui aménage le recrutement de fonctionnaires locaux doit impérativement, souligne le juge constitutionnel, prévoir une préférence locale. Et, constate encore le Conseil, puisque la disposition critiquée ne reconnaît aucune préférence, il revient au juge de la censurer.

Au-delà du particularisme néo-calédonien, cette affaire a pour principal mérite de s'inscrire à contre-courant de la logique très conservatrice qui irrigue la jurisprudence constitutionnelle en matière d'égalité. Normalement, la loi française ne peut distinguer les citoyens en fonction de leur origine ou de leur situation. De nombreuses fois, le juge constitutionnel a censuré des dispositions méconnaissant le principe d'égalité sous toutes ses variantes – égalité devant la loi, égalité devant la justice ou devant les charges publiques. Ici, le Conseil adopte une démarche volontairement inverse et impose à la collectivité de mettre en œuvre un principe de préférence locale en matière d'emploi, qui est ostensiblement contraire au principe d'égalité.

Pour ce faire, il interprète largement la notion « d'accès » à l'emploi présente dans l'accord de Nouméa et accepte le cas d'une « titularisation », alors même que la titularisation n'est pas, à proprement parler, un accès à l'emploi ; il impose aussi une *obligation* de préférence locale, et non pas un simple « *objectif de valeur constitutionnel* », comme il l'a fait en matière de logement, par exemple ; enfin, et peut-être surtout, il accepte une dérogation aussi forte, aussi frontale au principe d'égalité, et censure pour la première fois une disposition sur la base d'une « discrimination positive ». Par le passé, il s'était pourtant montré très réservé à l'égard de cette technique, notamment à l'égard des droits des femmes ou des partis politiques d'opposition (2).

Décision isolée ou prémises d'un changement plus profond dans l'application du principe d'égalité ? Il est trop tôt pour répondre, mais le particularisme de l'affaire impose une relative prudence.

(2) Ce qui a conduit le constituant, en 2008, à insérer dans la Constitution des dispositions spécifiques en la matière.

FONCTIONNAIRES ET AGENTS PUBLICS – Conseil académique des universités – Prérrogatives – Questions individuelles relatives à la carrière des enseignants-chercheurs – Lien avec la détermination collective des conditions de travail (non)(sic !) – Atteinte au droit à participation (8<sup>ème</sup> al. Préambule 1946) (non).

Décision n°2015-465 QPC du 24 avril 2015

*Conférence des présidents d'université  
[Composition de la formation restreinte du conseil académique]*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 13 février 2015 par le Conseil d'État (décision n° 386118 du 13 février 2015), (...)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, (...)

1. Considérant que l'article L.712-6-1 du code de l'éducation est relatif au conseil académique des universités ; qu'aux termes de son paragraphe IV, dans sa rédaction issue de la loi du 22 juillet 2013 susvisée : « *En formation restreinte aux enseignants-chercheurs, il est l'organe compétent, mentionné à l'article L.952-6 du présent code, pour l'examen des questions individuelles relatives au recrutement, à l'affectation et à la carrière des enseignants-chercheurs. Il délibère sur l'intégration des fonctionnaires des autres corps dans le corps des enseignants-chercheurs et sur le recrutement ou le renouvellement des attachés temporaires d'enseignement et de recherche. Lorsqu'il examine en formation restreinte des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs, autres que les professeurs des universités, il est composé à parité d'hommes et de femmes et à parité de représentants des professeurs des universités et des autres enseignants-chercheurs, dans des conditions précisées par décret* » ;

2. Considérant que, selon l'association requérante, en omettant de fixer les règles de désignation des membres du conseil académique appelés à siéger au sein de sa formation restreinte aux enseignants-chercheurs lorsqu'elle examine des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs des universités, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui portent atteinte au principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des enseignants-chercheurs ainsi qu'au principe d'égalité devant le suffrage résultant tant de l'article 3 de la Constitution que du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que le législateur porterait également atteinte au principe d'égalité devant la loi ; que, selon les parties intervenantes, en ce qu'elles prévoient une obligation de composition à parité d'hommes et de femmes pour la formation restreinte lorsqu'elle examine des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs des universités alors qu'aucune obligation identique n'est prévue pour la formation restreinte lorsqu'elle examine des questions individuelles relatives aux professeurs des universités, les dispositions contestées sont contraires au principe d'égalité devant la loi ainsi qu'au « principe de parité » consacré par le second alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur la dernière phrase du paragraphe IV de l'article L.712-6-1 du code de l'éducation ;

- Sur les griefs tirés de l'incompétence négative du législateur :

4. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* » ; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ;

5. Considérant, en premier lieu, d'une part, que le troisième alinéa de l'article 3 de la Constitution, qui dispose que le suffrage « *est toujours universel, égal et secret* », ne s'applique qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques ; que le grief tiré de l'atteinte aux exigences de l'article 3 de la Constitution doit par suite être écarté ;

6. Considérant, d'autre part, qu'aux termes du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » ; que les dispositions contestées sont relatives aux règles de composition de la formation du conseil académique compétente pour examiner les questions individuelles relatives au recrutement, à l'affectation et à la carrière des enseignants-chercheurs autres que les professeurs des universités ; que cette formation n'est donc pas compétente pour la détermination collective des conditions de travail des enseignants-chercheurs ; que le grief tiré de l'atteinte aux exigences du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit par suite être écarté ; (...)

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup>.- La dernière phrase du paragraphe IV de l'article L.712-6-1 du code de l'éducation est conforme à la Constitution.

## Note.

Le 13 février 2015, le Conseil constitutionnel est saisi par le Conseil d'État d'une QPC posée par la Conférence des présidents d'université contestant le régime juridique applicable au « conseil académique des Universités » – organe compétent, nous dit l'article L.712-6-1 du Code de l'éducation, pour « l'examen des questions individuelles relatives au recrutement, à l'affectation et à la carrière des enseignants-chercheurs ». Le 9 mars 2015, plusieurs observations en intervention émanant de professeurs d'université sont enregistrées au Conseil à l'appui de cette QPC ; elles vont également dans le sens d'une inconstitutionnalité du régime applicable aux conseils académiques, mais sur la base d'arguments différents. Les griefs invoqués dans la QPC et dans les interventions étaient nombreux et variés : principe d'égalité, incompétence négative, parité et droit à participation. Le Conseil n'en retient aucun et rejette tous les moyens au terme d'un raisonnement qui peut étonner, notamment sur le droit à participation.

Les requérants faisaient grief aux dispositions organisant le conseil académique des universités de méconnaître le droit à participation consacré par le 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 en raison d'une mauvaise « représentation » des fonctionnaires dans cette instance chargée des questions liées au recrutement et à la carrière des personnels enseignants. Mais le Conseil écarte l'argument, sans même examiner la question au fond.

Il juge, en effet, que le droit à participation n'est pas applicable au cas présent, puisque, nous dit-il, le Conseil académique des universités « n'est pas compétent pour la détermination collective des conditions de travail des enseignants-chercheurs ». Les commentaires aux Cahiers précisent le raisonnement suivi par le juge constitutionnel, en soulignant le fait que le Conseil académique est compétent pour statuer sur les questions individuelles et que le droit à participation ne s'appliquerait que pour les questions collectives.

Que faut-il penser de cette lecture du droit à participation ?

La lettre du Préambule donne *a priori* raison au Conseil : le 8<sup>e</sup> alinéa parle, en effet, de la « détermination collective des conditions de travail ». Mais, à

vrai dire, si la détermination doit être collective, ce qui implique à tout le moins un organe collégial pour discuter des conditions de travail, il n'est nullement fait mention, dans le Préambule, de questions collectives. On imagine parfaitement une instance de représentation du personnel discuter d'un cas particulier, d'un problème concret d'un salarié, et s'inscrire dans cette idée de « détermination collective des conditions de travail ». En réalité, dans cette décision du 24 avril 2015, le Conseil ajoute un critère – la nécessité de débattre de questions collectives – qui n'apparaît à aucun moment au 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule.

Mais, surtout, cette décision pourrait constituer un changement de cap important dans la jurisprudence du droit à participation : depuis les premières décisions rendues en la matière dans les années 1970, le Conseil a constamment exercé une interprétation bienveillante, large même, des dispositions du 8<sup>e</sup> alinéa. Certes, il a rarement censuré les lois qui lui étaient présentées, mais il s'est toujours montré très accueillant avec les griefs des requérants. Il a, par exemple, interprété généreusement la notion de « travailleur » présente au Préambule (« tout travailleur participe... ») en acceptant les fonctionnaires (3), les travailleurs étrangers (4) et même les salariés liés à un contrat de sous-traitance (5). Il a également considéré que la participation des travailleurs à la « gestion des entreprises » était tout aussi justiciable que la participation des travailleurs à la « détermination des conditions de travail » (6), y compris dans le contentieux QPC (7). Il a aussi estimé que la décision unilatérale de l'employeur était une forme de participation... « collective » (8) ! Bref, il s'est pleinement saisi de l'intention initiale des constituants, qui était de consacrer une sorte de citoyen-social (9).

Puisse le Conseil ne pas suivre avec trop d'ardeur ce triste virage et donner, ou redonner, au droit à participation l'interprétation bienveillante qui le caractérise depuis longtemps.

**Pierre-Yves Gahdoun**

(3) Cons. Const. 77-83 DC, 20 juillet 1977, cons. 5, Rec. p. 39.

(4) Cons. Const. 2011-128 QPC, 6 mai 2011, cons. 5, Rec. p. 225.

(5) Cons. Const. 2006-545 DC, 28 décembre 2006, cons. 29 à 31, Rec. p. 138.

(6) Expressément depuis CC 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 3, Rec. p. 269.

(7) Cons. Const. 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, Rec. p. 278.

(8) Cons. Const. 93-328 DC, 16 déc. 1993, cons. 2 à 6, Rec. p. 547.

(9) Qu'il soit permis de renvoyer aux travaux d'Alain Supiot sur la citoyenneté sociale, notamment le rapport *Au-delà de l'emploi, transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999 (NDLR : le Droit Ouvrier reviendra longuement sur ce rapport dans son prochain numéro). Il nous semble que la jurisprudence du Conseil s'est longtemps inscrite dans cette tendance.