

LOIS DU PAYS ET DISCRIMINATION POSITIVE

Bernard Poujade*

La loi de pays adoptée le 19 mai 2009 par l'Assemblée de la Polynésie française portant mesures d'application, dans la fonction publique de cette collectivité, des dispositions de l'article 18 du statut comportait des mesures en faveur des résidents, définis comme les personnes "justifiant d'une durée de résidence de cinq ans en Polynésie française ou d'une durée de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité de deux ans avec ces dernières".

Le Conseil d'Etat dans l'affaire Haut-Commissaire de la République en Polynésie française (req n° 328776) du 25 novembre 2009 a jugé que ce mécanisme ne saurait être utilisé pour prendre des mesures de nature à remettre en cause des principes constitutionnels et la loi organique et qu'il n'existait aucune justification sérieuse de la part du Territoire à réserver quasi exclusivement les postes de la fonction publique aux seuls résidents en Polynésie.

The country law adopted on 19 May 2009 by the Assembly of French Polynesia, which related to measures for the application in the public service of French Polynesia of the provisions of article 18 of the statute, included measures in favour of residents. Residents were defined in the law as persons who had resided for 5 years in French Polynesia or who had been married or were in a civil union or a de facto relationship for at least 2 years with a person who had residence of at least 5 years in French Polynesia. The Conseil d'Etat, in the case of Haut-Commissaire de la République in French Polynesia (req no 328776) of 25 November 2009, declared that this statute could not be used to implement measures which had the effect of challenging constitutional principles and the organic law. It was further held that there was no substantive justification by the government of French Polynesia for reserving the almost exclusive right to public service positions for residents of French Polynesia.

La décision rendue par le Conseil d'Etat HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE en Polynésie française (req n° 328776) du 25 novembre 2009¹ qui aura l'honneur de la publication au recueil des décisions du Conseil d'Etat montre que le mécanisme des lois du pays ne saurait être utilisé pour prendre des mesures qui aboutissent à remettre en cause des principes constitutionnels (II). Il est

* Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université Paris Descartes, Avocat au Barreau de Paris, Directeur du Bulletin juridique des collectivités locales.

1 Je remercie Monsieur Julien Boucher rapporteur public de m'avoir aimablement communiqué ses conclusions.

opportun d'ailleurs qu'un contrôle juridictionnel de ces lois ait été mis en place par le législateur organique et affiné progressivement (I).

I LE CONTROLE DE L'ADOPTION DES LOIS DU PAYS

L'article 176 de la loi organique polynésienne prévoit que les «lois du pays», une fois promulguées ne peuvent plus faire l'objet d'un recours direct devant le Conseil d'Etat dans la mesure où il s'agit d'actes administratifs.

Le Conseil d'Etat peut être saisi à l'expiration d'une période de huit jours après l'adoption de la loi ou au lendemain du vote intervenu après une nouvelle lecture, par le Haut-commissaire, le Président de la Polynésie, le Président de l'assemblée ou six représentants de l'assemblée dans un délai de quinze jours (art 176, § I).

En vertu de l'article 176, § II, cette saisine est également ouverte à toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt à agir. Ces dernières ont un mois pour déférer l'acte au Conseil à compter de la publication pour information de la loi au Journal officiel de la Polynésie. En cas de non-respect de ce délai, tout recours contre la «loi du pays» est jugé irrecevable².

Mais la fin de non-recevoir tirée de ce que la «loi du pays» attaquée ne serait susceptible d'aucun recours par voie d'action après sa promulgation ne peut qu'être écartée en ce qui concerne les «lois de pays», relatives aux impôts et aux taxes, entrant dans le champ d'application de l'article 145 de la loi organique du 27 février 2004³.

Si la «loi du pays» ne peut plus être contestée par voie d'action une fois promulguée, deux autres voies de recours demeurent ouvertes⁴.

D'abord elle peut faire l'objet d'une contestation à l'occasion d'un litige devant une juridiction. Si la juridiction saisie n'est pas le Conseil d'Etat, celle-ci devra surseoir à statuer et transmettre sans délai la question au Conseil, seul compétent pour apprécier sa légalité. Mais aussi quand la «loi du pays» intervient en dehors du domaine défini à l'article 140 de la loi organique de 2004, le Président de la Polynésie, le Président de l'assemblée polynésienne ou le ministre de l'Outre-mer peut saisir le Conseil d'Etat qui statuera dans les trois mois. S'il s'avère que la disposition contestée excède le domaine de l'article 140, les autorités compétentes pourront alors la modifier (art 180).

2 CE, 22 mars 2006, Fritch et autres, RFDA 2006, p 1111, note A Moyrand et A Troianiello.

3 CE 1er juillet 2009 Monsieur René Kohumoetini et autres n°324206, 324777 BJCL 10/09 p 669 obs X Cabannes.

4 CE 1er février 2006, Sandras et Commune de Papara, RFDA 2006, p 281-282 note A Moyrand, A Troianiello concl JH Stahl.

Le Conseil d'Etat a également admis le recours introduit devant lui contre l'acte de promulgation de la «loi du pays» s'il «méconnaît les exigences qui découlent de l'article 177 de la loi organique ou est entaché d'un vice propre»⁵ (4) L'absence de contreseing par les ministres chargés de son exécution, contreseing prévu par l'article 66 a été par exemple retenue et a provoqué l'annulation de l'acte de promulgation qui n'a pu s'appliquer.

Dans un arrêt du 28 septembre 2007 Syndicat CSTP-FO⁶, le Conseil d'Etat a déclaré illégale une loi du pays non conforme aux dispositions du règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie française; il juge qu'il lui appartient de contrôler les lois de pays au regard de ces dispositions «sous réserve que ces dispositions soient nécessaires pour préciser les règles de fonctionnement fixées par la loi organique, et ne soient pas contraires à celle-ci»

Le Conseil d'Etat relève une irrégularité au niveau de la procédure préalable. Il considère «qu'en décidant de ne pas modifier le texte adopté en première lecture, qui comportait deux articles, sans qu'aient eu lieu la présentation du rapport, la discussion générale et les deux examens successifs prévus, respectivement, par le 2., le 3. et le 6. de l'article 32 du règlement intérieur, l'assemblée n'a pas procédé à une lecture de la proposition de "loi du pays" dans les conditions prévues par l'article 142 de la loi organique du 27 février 2004 et précisées par le règlement intérieur; ainsi, la "loi du pays" a été adoptée selon une procédure entachée d'irrégularité substantielle⁷.

L'arrêt du 25 novembre 2009 ne se prononce pas sur deux questions soulevées par le Haut-commissaire et relatives à la légalité externe des lois du pays à savoir que ni l'avis du haut conseil de la Polynésie française sur le projet de «loi du pays» adopté le 19 mai 2009, ni le compte-rendu des débats à l'assemblée ne lui ont été communiqués.

Le rapporteur public était partisan de rejeter le moyen en ses deux branches.

L'absence de transmission au Haut-commissaire de l'avis du haut conseil de la Polynésie française, organisme consultatif composé de personnes désignées, selon l'article 164 du statut, «en considération de leur compétence en matière juridique», qui joue, au niveau de la collectivité polynésienne, un rôle similaire à celui assigné aux formations consultatives du Conseil d'État, au niveau national, par l'article 39

5 Sandra Le Guilcher Le statut juridique des «lois du pays» polynésiennes: entre continuité et originalité RFDA 2006 p 1103

6 Rec p 409 AJDA 2007 p 2321.

7 Sur le contrôle cf Julien Boucher Beatrice Bourgeois Machureau Deux ans de contentieux des lois du pays de la Polynésie française devant le Conseil d'Etat AJDA 2007 p 2365.

de la Constitution puisque les projets et propositions de «lois du pays» doivent lui être soumis avant, selon le cas, leur adoption par le conseil des ministres ou leur première lecture ne saurait avoir une quelconque influence sur la légalité de la loi de pays d'autant que cette transmission ne s'évince pas de l'article 163 du statut qui précise que «les avis du Haut Conseil ne sont communiqués à autrui que sur décision de l'autorité à qui ils sont destinés».

S'agissant ensuite du compte-rendu des débats de l'assemblée, le défaut de transmission la question était légèrement plus délicate même si la réponse devait être la même.

En effet, le premier alinéa de l'article 143 du statut impose la transmission de ce compte rendu au haut-commissaire dans le délai de huit jours suivant l'adoption de la «loi du pays» – délai dont l'expiration marque également le début du délai de quinze jours ouvert à cette autorité pour saisir le Conseil d'État.

Mais le rapporteur public soulignait qu'il «est donc permis de penser qu'un retard de transmission aurait pour effet de reporter d'autant le point de départ du délai de recours, ainsi que, par voie de conséquence, du délai avant l'expiration duquel ne peut avoir lieu, en vertu de l'article 178 du statut, la promulgation de la «loi du pays».

Mais nous pensons que seul l'acte de promulgation intervenu prématurément pourrait éventuellement se trouver vicié en conséquence, et non la «loi du pays» elle-même».

II LES LOIS DE PAYS ET LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL D'EGALITE

Le législateur organique a instauré «une forme de discrimination positive en permettant l'adoption de mesures préférentielles pour assurer la protection du marché du travail local et la sauvegarde du patrimoine foncier, en faveur des populations pouvant faire état d'une durée suffisante de résidence en Polynésie»⁸

L'article 74 de la Constitution prévoit en effet que la loi organique peut déterminer, pour les collectivités d'outre-mer qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles «des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier».

⁸ A Oraison Le nouveau statut d'autonomie renforcée de la Polynésie française (Exégèse de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'une collectivité d'outre-mer conformément à l'article 74 de la Constitution) RFDA 2004 p 530.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 février 2004 a indiqué que «rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle».

Il rappelle néanmoins que «la mise en oeuvre de telles dérogations ne saurait intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie» et qu'il en est ainsi notamment «des dispositions édictées en faveur de la population de la Polynésie française en vertu du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution».

Il ajoute «qu'il résulte de ces dispositions que la population en faveur de laquelle des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ne peut être définie que comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée, que l'article 18 de la loi organique détermine les conditions que doit respecter la Polynésie française si elle envisage de prendre des mesures favorisant l'accès à une activité professionnelle salariée ou non salariée " au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières "et qu'il prévoit notamment que" les mesures prises en application du présent article doivent, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local". Ce n'est que dans ces conditions que l'article 18 n'est pas contraire à la Constitution.

La loi de pays adoptée le 19 mai 2009 par l'assemblée de la Polynésie française portant mesures d'application, dans la fonction publique de cette collectivité, des dispositions de l'article 18 du statut comportait des mesures en faveur des résidents, définis comme les personnes «justifiant d'une durée de résidence de cinq ans en Polynésie française ou d'une durée de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité de deux ans avec ces dernières» (art 1er).

Son champ d'application s'étendait aux recrutements dans tous les cadres d'emplois des catégories D et C, dans la plupart des cadres d'emplois de catégorie B (à savoir les cadres d'emplois relevant de la filière administrative et financière, de la filière technique, de la filière socio-éducative, sportive et culturelle et de la filière éducative, ainsi que le cadre d'emplois des infirmiers), et enfin dans tous les

cadres d'emplois de catégorie A, à l'exception de ceux qui relèvent des filières de la santé et de la recherche (art 4).

Pour l'ensemble de ces recrutements, il était prévu, lorsqu'ils sont faits par la voie externe, l'organisation de deux concours : l'un, réservé aux résidents, ayant pour objet de pourvoir 95 % des postes offerts, et l'autre, ouvert aux non résidents, pour le surplus (art 3).

Il est toutefois précisé que «le jury commun aux deux concours dans chaque cadre d'emplois considéré peut modifier le pourcentage de postes à pourvoir pour chaque concours, lorsqu'au titre de l'un d'entre eux, aucun candidat n'est retenu ou si le nombre de candidats ayant subi avec succès les épreuves dudit concours est inférieur au nombre de postes offerts à ce concours».

Le Haut-commissaire arguait de la violation, par la «loi du pays» contestée, du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel 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».

Et il a été suivi par le Conseil d'Etat qui a estimé que si les dispositions précitées permettent à la Polynésie française de réserver, pour favoriser l'accès des habitants de la Polynésie française aux fonctions publiques locales, une certaine proportion des postes à pourvoir dans la fonction publique aux personnes résidentes de la Polynésie française, en instaurant deux concours, dotés d'un jury commun, l'un réservé aux personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence, l'autre ouvert aux personnes ne remplissant pas cette condition, «elle ne peut le faire qu'en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer au principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de ces dispositions».

Ce considérant s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel évoquée précédemment⁹.

Le rapporteur public insistait fort bien sur le fait que l'article 6 de la Constitution prohibe normalement le recrutement dans des «emplois publics» en fonction de critères autres que le seul mérite.

Avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi organique statutaire du 27 février 2004, le Conseil d'Etat a d'ailleurs estimé qu'en imposant aux candidats aux

⁹ Cf aussi avec une motivation identique à propos de la Nouvelle-Calédonie la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, Rec. p. 51).

fonctions d'huissier de justice, qui sont des officiers publics, de satisfaire à une condition de cinq années de résidence sur le territoire, l'assemblée territoriale de la Polynésie française s'était fondée sur des considérations étrangères aux critères résultant de la capacité des candidats et avait ainsi méconnu le principe d'égal accès aux emplois publics¹⁰.

Bien sûr d'autres critères que la valeur des candidats peuvent entrer en ligne de compte, mais à la condition que ce soit à égalité de mérite et à condition que ces critères soient en relation avec l'intérêt du service¹¹.

L'article 18 du statut conduisait en l'occurrence lui-même à encadrer strictement les dérogations possibles puisque les mesures en faveur de l'emploi local ne pouvaient être appliquées pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Polynésie française et des communes qu'«à égalité de mérites».

Le mérite était donc le critère premier et la résidence un critère second.

En tenant compte de ces considérations, le dispositif issu de la «loi du pays» de 2009 est apparu au Conseil d'Etat contestable.

Il a considéré «qu'en réservant aux résidents de la Polynésie française 95 % des postes à pourvoir par la voie de concours externes dans tous les cadres d'emplois des catégories D et C et dans la plupart de ceux des catégories B et A, sans qu'il ressorte de la «loi du pays» contestée ou des pièces du dossier que le choix de ce pourcentage et celui des cadres d'emplois auquel il s'applique auraient été opérés en fonction de critères objectifs et rationnels fondés sur les caractéristiques de l'emploi local et les nécessités propres à sa promotion dans chacun des cadres d'emplois concernés, l'assemblée de la Polynésie française a imposé à l'accès aux emplois publics en Polynésie française des restrictions excédant celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'objectif de soutien de l'emploi local et méconnu le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics ainsi que les dispositions de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004»

Le rapporteur public notait d'ailleurs que compte tenu notamment du nombre réduit de places offertes à chacun des différents concours de la fonction publique polynésienne chaque année – lequel, d'après les éléments figurant au dossier, est inférieur à vingt dans la plupart des cas –, la proportion de 95 % des postes attribuée de manière générale au concours réservé aux résidents conduit en pratique à exclure totalement le recrutement de non-résidents, sauf à ce que le jury fasse usage de la faculté qui lui est ouverte de modifier la proportion des postes à

10 CE 6 janvier 1995, Assemblée territoriale de la Polynésie française, n° 152637.

11 CE Section, 21 novembre 1969, Idoux, Rec p. 520.

pourvoir par chaque concours. Dans ce système, c'est clairement la résidence qui devient le premier critère de sélection, et ces règles s'appliquent à la quasi-totalité des cadres d'emplois de la fonction publique locale.

Il n'y avait donc aucune justification sérieuse de la part du Territoire à réserver quasi exclusivement les postes de la fonction publique aux seuls résidents en Polynésie et la Haute assemblée a donc sans hésitation jugé l'atteinte au principe constitutionnel et à la loi organique constituée.

Il convient donc d'être prudent en matière de discrimination positive.