



HAL
open science

L'incomplétude du contrôle de la loi du pays

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. L'incomplétude du contrôle de la loi du pays. 15 ans de lois du pays - Sur les chemins de la maturité, 2016. hal-02117016

HAL Id: hal-02117016

<https://hal.science/hal-02117016v1>

Submitted on 2 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'incomplétude du contrôle de la loi du pays

Carine DAVID

Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre du Laboratoire de recherches juridiques et économiques (LARJE)

Issu d'un courant doctrinal prenant son essor à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, la nécessité de mettre en place un contrôle de constitutionnalité en France n'a trouvé à s'exprimer que sous la V^{ème} République et plus particulièrement à partir de la fameuse décision du Conseil constitutionnel de 1971, dite « liberté d'association »¹. En France, comme dans la plupart des démocraties, il s'impose désormais comme consubstantiel à la procédure législative.

A cet égard, la différence entre les modalités de contrôle de la loi du pays calédonienne et des actes dénommés « lois du pays » adoptés par l'Assemblée de Polynésie française est symptomatique en ce qu'elle caractérise la relation inconditionnelle entre le contrôle effectué par le juge constitutionnel et la nature législative de l'acte soumis au contrôle. C'est justement parce que le Constituant refusait la dissémination d'une norme locale de nature législative dans l'outre-mer français qu'a été inventée une procédure de contrôle de la loi du pays polynésienne, acte réglementaire malgré l'homonymie, devant le Conseil d'Etat.²

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité de la loi du pays calédonienne par le Conseil constitutionnel a été affiché, et donc perçu, comme le symbole de la nature législative de l'instrument normatif local. La compétence de la cour constitutionnelle pour effectuer le contrôle des lois du pays est d'ailleurs symboliquement la seule modalité procédurale imposée par l'Accord de Nouméa³. L'article 77 de la Constitution renvoie pour sa part de manière lapidaire à la loi organique statutaire pour la définition des modalités de ce contrôle.

Tout aussi symbolique est la décision d'étendre la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays.

Avec le contrôle de la loi du pays calédonienne, le Conseil constitutionnel conserve son monopole du contrôle de constitutionnalité de la norme législative dans l'ordre juridique français. Dès lors, cet encadrement juridictionnel de la loi du pays permet de garantir le contrôle du juge constitutionnel sur le contenu des normes législatives locales, ainsi que sur sa procédure d'adoption.

¹ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Journal officiel du 18 juillet 1971, page 7114, Recueil, p. 29.

² « Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'Etat unitaire », éd. L'Harmattan, Coll. GRALE/CNRS, 2008, p. 494 et s. : développements consacrés au pouvoir « quasi-législatif » des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie.

Voir la contribution de S. Diemert dans le présent ouvrage.

³ Dans son point 2.1.3., le document d'orientation de l'Accord de Nouméa précise que : « *certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'Etat, de l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie, d'un Président de province, du Président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès* ».

Présenté par R. Carré de Malberg comme corollaire de l'absence d'identification de la loi comme « *expression de la volonté générale* »⁴, le contrôle de constitutionnalité de la loi est venu pallier l'absence d'identité entre volonté des parlementaires et volonté populaire. Appréhendé par ce prisme, le contrôle de constitutionnalité de la loi du pays semble s'imposer dans la mesure où le caractère divisé de la société calédonienne renforce nécessairement cette absence d'identification entre la volonté générale et la volonté parlementaire. Dès lors, la norme législative locale doit être analysée selon une dialectique duale. En effet, le contrôle de constitutionnalité de la loi du pays doit nécessairement être réalisé à l'aide d'une double grille de lecture : celle d'une collectivité territoriale jouissant d'une autonomie extrêmement poussée dans le cadre d'un Etat unitaire et celle d'un territoire évoluant dans un cadre démocratique mais dont le processus d'émancipation et le caractère divisé de la société imposent des distorsions à certains principes républicains.

Le recul qu'il est possible de prendre s'agissant du contrôle de la loi du pays par le Conseil constitutionnel aujourd'hui reste néanmoins relatif tant la faiblesse du nombre de décisions ne permet que d'esquisser à grands traits certaines tendances. Si l'on ne dispose que de très peu d'indications s'agissant de la procédure d'adoption de la loi du pays, le contrôle sur le fond permet de mettre au jour un certain nombre d'éléments.

Un premier constat permet de souligner l'incomplétude du contrôle de la loi du pays même si l'extension de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité aux normes législatives locales permet d'en limiter les conséquences.

Un deuxième constat réside dans l'oscillation du Conseil constitutionnel entre assimilation et autonomisation de sa jurisprudence relative aux lois du pays.

Enfin, un dernier constat semble devoir être fait quant à la difficulté pour le Conseil constitutionnel d'asseoir son autorité face aux autorités politiques locales.

Dès lors, après avoir établi un bilan quantitatif de l'action du Conseil constitutionnel depuis 1999 s'agissant des lois du pays (I), une analyse de la jurisprudence du juge constitutionnel et de son appréhension localement sera effectuée (II).

I. L'action contentieuse limitée du Conseil constitutionnel sur les lois du pays

La procédure de contrôle de la loi du pays est inscrite aux articles 103 à 105 et 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. Comme pour la procédure de contrôle des lois ordinaires inscrite aux articles 61 et 61-1 de la Constitution, peu d'éléments sont imposés par le législateur organique. Ainsi, le Conseil constitutionnel, qui n'a jamais formalisé la procédure applicable devant lui⁵, reste libre d'en fixer les contours⁶.

⁴ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, éd. Economica, 1984, p. 221.

⁵ En dehors du contentieux électoral et référendaire.

⁶ A ce sujet, voir Jean GICQUEL, « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », in « Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean WALINE », *Dalloz*, 2002, p. 587-596.

Soumise au contrôle de constitutionnalité *a priori* par voie d'action comme au contrôle *a posteriori* par voie d'exception, la loi du pays calédonienne fait globalement l'objet de peu de déférés au juge constitutionnel même si une tendance à l'accroissement semble se dessiner ces dernières années.

Depuis 1999, sur les **XX** lois du pays adoptées par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie⁷, neuf saisines du Conseil constitutionnel ont eu pour objet de contrôler la conformité de dispositions de lois du pays au bloc de constitutionnalité tel qu'applicable en Nouvelle-Calédonie, dont 4 par la procédure de la QPC⁸.

Le tableau ci-après dresse le bilan de ces saisines tant en ce qui concerne le contrôle *a priori* sur saisine politique que s'agissant des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées à l'encontre de dispositions législatives locales.

1. Contrôle de constitutionnalité *a priori* par voie d'action

N° de la décision	Loi du pays visée	Domaine	Décision
Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000	Loi du pays n° 2000-002 du 14 février 2000 relative à l'institution d'une taxe générale sur les services	Droit fiscal	Conformité
Décision n° 2006-2 LP du 5 avril 2006	Loi du pays n° 2006-4 du 14 avril 2006 relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés	Droit syndical	Irrecevabilité du fait de l'insuffisance du nombre de conseillers ayant signé le recours
Décision n° 2013-3 LP du 1 ^{er} octobre 2013	Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie	Droit commercial	Conformité ; absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre
Décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014	Loi du pays n° 2014-16 du 24 décembre 2014 relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie	Droit de la fonction publique	Non-conformité totale ; atteinte au principe de préférence locale pour l'emploi
Décision n° 2014-5 LP du 27 février 2015	Loi du pays n° 2015-2 du 19 mars 2015 portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces	Droit fiscal	Conformité ; pas d'atteinte au principe de rééquilibrage des ressources fiscales entre provinces

2. Contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par voie d'exception

⁷ Décompte au 31 mars 2016.

⁸ La décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014 portant sur le droit du travail en Nouvelle-Calédonie ne concerne pas des dispositions contenues dans une loi du pays mais dans des textes législatifs (loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 et ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985) relevant alors de la compétence de l'Etat.

N° de la décision	Loi du pays visée	Domaine	Décision
Décision n° 2011-205 QPC du 9 novembre 2011	Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie	Droit du travail	Non-conformité totale + Effet différé Atteinte aux droits collectifs des agents non titulaires de l'administration locale
Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012	Loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1er et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie	Droit commercial/ Validation législative	Conformité (absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre) + réserve d'interprétation (censure de la validation législative)
Décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013	Loi du pays n° 2009-6 du 16 avril 2009 relative au code minier de la Nouvelle-Calédonie	Droit minier	Conformité ; absence d'atteinte au principe de participation issu de l'article 7 de la charte de l'environnement
Décision n° 2016-539 QPC	Loi du pays n° n° 2010-3 du 21 janvier 2010 portant diverses dispositions d'ordre fiscal	Droit fiscal	En instance

On peut le constater, le nombre de contrôles opérés sur des dispositions législatives adoptées par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est faible. On peut néanmoins constater une évolution sensible puisque trois des cinq saisines par les autorités politiques ont eu lieu depuis 2013 et que la procédure de QPC a par ailleurs rendu possible la contestation des dispositions législatives du pays adoptées depuis 1999.

La faiblesse du nombre de saisines du Conseil constitutionnel est favorisée par la nécessité, avant tout déféré au juge constitutionnel, d'une seconde délibération des dispositions législatives litigieuses. C'est seulement lorsque cette deuxième lecture a été effectuée qu'il est possible de faire appel à l'arbitrage du Conseil par une saisine motivée⁹. On peut constater qu'un certain nombre de lois du pays ont fait l'objet d'une demande de seconde lecture et n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, il convient de bien comprendre que les modalités de la prise de décision dans le cadre institutionnel spécifique de la Nouvelle-Calédonie expliquent en partie le faible recours à l'arbitrage du juge constitutionnel. En effet, « *la plupart des lois du pays adoptées à ce jour sont issues de projets proposés par le Gouvernement et dont le contenu a au*

⁹ Ce qui exclut les saisines blanches.

préalable été arrêté en réunion de collégialité, parfois après d'après négociations. On le comprend, l'originalité du système ainsi mis en place a pour conséquence que les discussions entre formations politiques ont lieu en amont, au sein de l'exécutif, et non devant l'assemblée législative. Cette spécificité est essentielle à souligner pour comprendre l'inefficacité du contrôle a priori de la loi du pays »¹⁰.

Par ailleurs, notons que sur les neuf saisines sur des lois du pays, quatre aboutissent à une déclaration de conformité aux dispositions de la Constitution, une est déclarée irrecevable et une dernière est en cours d'instance. Dès lors, seules deux décisions de non-conformité et une réserve d'interprétation ont été prononcées.

Au-delà de cet aspect quantitatif, il y a lieu de constater que peu de saisines portent sur les dérogations constitutionnelles accordées à la Nouvelle-Calédonie, à l'exception de la décision du 21 novembre 2014 rendue relativement à la question de la préférence locale pour l'emploi dans la fonction publique.

II. Les enseignements de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois du pays

Dès lors, quels enseignements tirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'égard des lois du pays ? Ils sont de plusieurs ordres et nous aborderons successivement les plus importants d'entre eux.

A. Les conditions de recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité

D'un point de vue procédural tout d'abord, le Conseil constitutionnel a pu préciser les conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'égard d'une loi du pays. Dès la deuxième décision QPC rendue sur des dispositions législatives issues d'une loi du pays¹¹, le Conseil constitutionnel a établi deux critères de recevabilité.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel vérifie que les dispositions contestées ont bien été adoptées selon la procédure fixée aux articles 100 à 103 de la loi organique statutaire. Ce faisant, il exclut donc clairement les dispositions qui auraient été adoptées par la voie réglementaire dans une matière qui relève désormais du domaine législatif local. Cette solution permet d'exclure un nombre important de dispositions antérieures à l'attribution d'un pouvoir législatif au Congrès de la Nouvelle-Calédonie dans des domaines qui relèvent aujourd'hui de la loi du pays. Ainsi, en est-il d'un nombre important de dispositions du Code des impôts de Nouvelle-Calédonie, du droit de la fonction publique ou encore, à un degré moindre du droit de la protection sociale¹². Au contraire, les dispositions en matière de droit du travail ayant été codifiées en 2008, elles ont *de facto* basculées dans leur intégralité dans le

¹⁰ C. David, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité : Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 98, 2014/2, p. 321.

¹¹ Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, réitéré dans la décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013.

¹² A un degré moindre car le droit de la protection sociale a considérablement évolué depuis 2000 et cette modernisation s'est faite par la voie de lois du pays.

champ potentiel de la QPC alors qu'un certain nombre d'entre elles relevaient jusqu'alors du domaine réglementaire¹³.

Dès lors, il apparaît que le caractère contestable des dispositions dépend de leur codification ou de leur modification par une loi du pays. Le Conseil constitutionnel retient ici un critère formel de la loi. Ce choix conduit à une solution discutable en pratique du fait du caractère anachronique qu'il instaure du point de vue du champ d'application de la QPC.

Le Conseil constitutionnel fixe une seconde condition de recevabilité qui repose à la fois sur un élément formel et matériel. En effet, le juge constitutionnel fait une référence indirecte au domaine matériel de la loi du pays, tout en ne se prononçant pas lui-même sur ce point. Il formule en réalité une présomption de nature législative des dispositions incluses dans une loi du pays : la disposition contestée ne doit pas avoir fait l'objet d'une décision de déclassement par le Conseil d'Etat, en application de l'article 107 de la loi organique statutaire¹⁴. Contrairement au Conseil d'Etat qui préconisait un contrôle du respect du domaine matériel de la loi du pays¹⁵, le Conseil constitutionnel a décidé de ne pas s'imposer ce contrôle.

En tout état de cause, sachant que le Conseil d'Etat n'a encore jamais été saisi d'une telle demande, cette seconde condition n'entraîne pas de difficulté particulière. Elle est par ailleurs tout à fait logique, le déclassement d'une disposition législative ayant pour objet et pour effet de lui ôter sa nature législative.

B. Une jurisprudence entre assimilation et reconnaissance de l'autonomie législative¹⁶

Globalement, il apparaît que le Conseil constitutionnel oscille entre assimilation et distanciation quant au contenu de sa jurisprudence lorsqu'il s'agit de statuer sur des dispositions de lois du pays.

¹³ En effet, alors que l'Etat était compétent jusqu'au 1^{er} janvier 2000 pour fixer les principes directeurs du droit du travail par la voie législative, le Congrès du Territoire intervenait pour sa part par la voie réglementaire pour fixer par délibération les modalités d'application des textes nationaux. Lors du transfert de l'intégralité de la compétence en matière de droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, il a été considéré que la notion de principes fondamentaux recouvrait un spectre plus large que les principes directeurs. En conséquence, des dispositions réglementaires issues de délibérations territoriales ont été codifiées dans la partie législative du Code du travail, les rendant donc contestables par la voie d'une QPC.

¹⁴ Article 107 alinéas 3 et 4 de la loi organique : « *Les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire. Lorsqu'au cours d'une procédure devant une juridiction de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, la nature juridique d'une disposition d'une loi du pays fait l'objet d'une contestation sérieuse, la juridiction saisit, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, le Conseil d'Etat qui statue dans les trois mois. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur la nature de la disposition en cause. Le Conseil d'Etat peut également être saisi par le président du congrès, par le président du gouvernement, par le président d'une assemblée de province ou par le haut-commissaire, aux fins de constater qu'une disposition d'une loi du pays est intervenue en dehors du domaine défini à l'article 99.* »

¹⁵ C.-E. Sénac, « La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité contre une loi du pays de Nouvelle-Calédonie : désaccords au Palais-Royal », *RFDA*, 2012, p. 977 et s.

¹⁶ Sur ce point, cf C. David, « Commentaire de la décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013 - Le difficile positionnement du Conseil constitutionnel par rapport à la loi du pays : entre assimilation et reconnaissance des spécificités », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 95, 2013/3, pp. 977-982.

A cet égard, la possibilité reconnue au Congrès de la Nouvelle-Calédonie de recourir à la procédure de validation législative, dans des conditions identiques à celles imposées à la loi nationale, constitue un exemple d'assimilation.

Si le Conseil d'Etat avait déjà admis cette possibilité en 2004¹⁷ et qu'une loi du pays de validation avait déjà été adoptée par le passé¹⁸, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de la confirmer en 2012¹⁹. Dans sa décision du 22 juin 2012, il a d'ailleurs anéanti le caractère rétroactif des dispositions dont il était saisi par le biais d'une réserve d'interprétation, estimant que « *aucun motif d'intérêt général suffisant* »²⁰ ne justifiait cette validation, procédant à une exacte transposition de sa jurisprudence relative aux lois nationales.²¹

Cette volonté d'assimilation du Conseil constitutionnel entre la loi nationale et la loi du pays constitue d'ailleurs un trait caractéristique de la jurisprudence de la cour constitutionnelle qui lorsqu'elle est saisie sur la base de fondements constitutionnels pour lesquels la Nouvelle-Calédonie ne s'est pas vu reconnaître de dérogations, procède par analogie à sa jurisprudence relative aux lois nationales.

Ainsi en est-il par exemple en matière de droit de l'environnement²². On peut en effet s'interroger sur l'appréciation stricte faite par le Conseil constitutionnel des obligations découlant de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Pris en tenaille entre la nécessité de maintenir une unité de sa jurisprudence et celle de reconnaître un pouvoir d'appréciation au Congrès, le Conseil constitutionnel a dans cette dernière décision fait primer la première.²³

Pour autant, cela n'empêche pas forcément le Conseil constitutionnel de reconnaître au Congrès de la Nouvelle-Calédonie une marge d'appréciation propre au pouvoir politique dont il dispose via son pouvoir législatif et à se démarquer de sa jurisprudence concernant les

¹⁷ Le Conseil d'Etat a en effet confirmé cette possibilité dans un avis du 2 mars 2004 sur l'avant-projet de loi du pays relatif aux procès-verbaux de palabres coutumiers (Avis n° 370.002 du 2 mars 2004, non publié). En effet, constatant qu'une disposition de l'avant-projet de loi du pays validait rétroactivement une délibération, le Conseil d'Etat affirme que « *compte tenu de la valeur législative que possède les lois du pays et de l'intérêt général qui s'attache à la validation des procès-verbaux transcrivant des conventions portant sur les terres coutumières dans un objectif de développement économique, le projet peut, à bon droit, procéder à une telle validation* ». Respectant les conditions fixées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière, le juge administratif ajoutait que cette validation devait intervenir, « *sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée* ».

¹⁸ Le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait en effet initié l'adoption d'une loi du pays de validation, afin d'anticiper les inconvénients de l'annulation de la délibération du 19 décembre 2000 portant modification du tarif des douanes de Nouvelle-Calédonie par le Conseil d'Etat. La loi du pays a également devancé les conséquences possibles de cette annulation sur une autre délibération dérivée intervenue dans les mêmes conditions en matière de sécurité sociale. Le projet de loi du pays avait été motivé par l'imminence de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire dite « de la taxe sur le fret aérien ». Loi du pays n° 2005-5 du 6 juillet 2005 portant validation des impositions perçues au titre de la taxe sur le fret aérien et validation de la délibération relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie, *J.O.N.C.* du 19 juillet 2005, p. 4294.

¹⁹ Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012.

²⁰ Considérant n° 9.

²¹ C. David, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 2012/4, pp. 863-866, pp. 863-866.

²² Décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013.

²³ C. David, « Commentaire de la décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013 - Le difficile positionnement du Conseil constitutionnel par rapport à la loi du pays : entre assimilation et reconnaissance des spécificités », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 95, 2013/3, pp. 977-982.

lois nationales. Néanmoins, cette distanciation ne paraît être opérée qu'en matière économique.

Ainsi, le Conseil a pu considérer que la fixation par le Congrès d'un seuil au-delà duquel une autorisation du gouvernement local est obligatoire pour procéder à une opération de concentration ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le législateur local pouvant tenir compte des particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et des insuffisances de la concurrence sur de nombreux marchés ou encore du degré de concentration dans un secteur donné²⁴. Et ce alors même que les taux fixés par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie se situaient significativement en retrait par rapport aux normes nationales ou relatives à l'outre-mer.²⁵ Ce qui a conduit O. Le Bot à considérer que cette décision « *marque également en ce qu'elle confirme les atteintes très larges dont la liberté d'entreprendre peut faire l'objet sans encourir de censure, spécialement en Nouvelle-Calédonie* »²⁶.

Dans un sens différent, pour ne pas dire contradictoire, le juge constitutionnel a considéré que le monopole d'un établissement public en matière d'importation de viande ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le Congrès pouvant prendre en compte les particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et les besoins d'approvisionnement du marché local. Il est d'ailleurs remarquable que le juge administratif saisi sur ce point ait eu une position très différente du pouvoir d'appréciation du Congrès dans le cadre de l'exercice, cette fois, de son pouvoir réglementaire.²⁷ Comme le souligne O. Le Bot, « *les motifs retenus ne constituent pas des considérations impérieuses d'intérêt général. Ils sont pourtant regardés comme suffisants pour valider l'atteinte importante portée à la liberté d'entreprendre. Le contraste avec la solution retenue par le juge administratif est saisissant. La liberté d'entreprendre demeure, aujourd'hui comme hier, mieux protégée dans le prétoire du juge administratif que dans celui du juge constitutionnel* »²⁸.

On le voit, en matière économique, la marge d'appréciation reconnue au législateur local est importante.

Dès lors, comment expliquer une telle différence de positionnement de la part du Conseil constitutionnel en fonction des domaines d'intervention du législateur ? Le juge constitutionnel semble considérer que les spécificités économiques de la Nouvelle-Calédonie lui permettent d'introduire sans conséquence une distorsion de sa jurisprudence et de valider des textes en matière de droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie alors qu'il ne l'aurait probablement pas fait pour d'autres collectivités²⁹. Il lui est par contre plus difficile d'acter

²⁴ Décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013.

²⁵ J.-P. Pastorel, « Contrôle de concentration et outils de régulation en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2014, p. 2499.

²⁶ O. Le Bot, « Régulation de l'économie : les pouvoirs très larges de l'autorité publique en Nouvelle-Calédonie », *Constitutions*, 2013, p. 601.

²⁷ C. David, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 2012/4, pp. 863-866, pp. 863-866.

²⁸ O. Le Bot, « Les limites très lâches de la liberté d'entreprendre (à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie) », *Constitutions*, 2012, p. 638.

²⁹ J.-P. Pastorel, *op. cit.* Voir aussi N. Tagliarino-Vignal, « XXX »...

une distanciation s'agissant de l'application de la Charte de l'environnement, les spécificités en ce domaine ne semblant pas justifier un écart de jurisprudence.

Une autre réserve qu'il est possible d'émettre s'agissant de la marge de manœuvre que le Conseil constitutionnel semble vouloir laisser au Congrès de la Nouvelle-Calédonie réside dans l'appréciation de la décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014³⁰. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré que le principe de préférence locale pour l'emploi en Nouvelle-Calédonie, inscrit dans l'accord de Nouméa, avait un caractère impératif.

La loi du pays soumise à son appréciation mettait en place un dispositif d'intégration de personnels non titulaires de la fonction publique locale dans une volonté de résorption de l'emploi précaire. Les présidents des assemblées de la province Nord et des Iles Loyauté reprochaient au Congrès de ne pas avoir prévu de dispositions favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, en méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi.

Le Conseil constitutionnel considère que le principe est impératif et que le Congrès aurait dû faire bénéficier les citoyens de la Nouvelle-Calédonie et les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence d'une priorité d'accès aux emplois publics. Faute d'un tel dispositif, il censure l'intégralité de la loi du pays.

Il en ressort que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant à la pertinence et la nécessité avérée de la mise en œuvre d'un accès privilégié aux fonctions publiques locales. S'agissant d'une assemblée législative d'un territoire en voie d'émancipation et appelé à s'autodéterminer dans un avenir proche, le paradoxe³¹ est cocasse³².

C. L'autorité lacunaire des décisions du Conseil constitutionnel

Pour finir, il convient de souligner un aspect préoccupant quant à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, il apparaît clairement un manque de pénétration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en Nouvelle-Calédonie, lié à la faible autorité dont celle-ci semble jouir auprès des autorités locales. En ce sens, l'extension de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays est heureuse en termes de préservation de l'Etat de droit en Nouvelle-Calédonie³³.

On peut en effet illustrer ce constat à travers quelques exemples.

³⁰ J.-P. Pastorel, « L'objectif constitutionnel de préférence locale en matière d'emploi en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2015, p. 224.

³¹ On peut rapprocher cette décision de l'état d'esprit qui a prévalu s'agissant de la question des transferts de compétences prévus à l'article 21 III de la loi organique statutaire. De la même manière, la forme impérative du texte a été interprétée comme fondant le caractère obligatoire des transferts.

³² A. Zarca, « L'imprégnation française de la discrimination positive : de l'obligation de favoriser l'accès des néo-calédoniens à la fonction publique locale », *AJFP*, 2015, p. 193.

³³ C. David, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité : Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 98, 2014/2, pp. 317-344.

Le premier exemple réside dans l'absence de mise en œuvre de la décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011³⁴. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel avait censuré avec effet différé une disposition du Code du travail de Nouvelle-Calédonie excluant du bénéfice des dispositions relatives au droit d'expression des salariés, à l'exercice du droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et aux salariés protégés les agents contractuels de l'administration. Il reprochait au législateur local de n'avoir pas prévu de dispositions alternatives, le vide juridique ainsi créé ayant pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs.

Par cette censure différée, le Conseil constitutionnel laissait au Congrès jusqu'au 1^{er} janvier 2013, soit un peu plus de 12 mois, pour adopter des dispositions visant à garantir aux agents contractuels de l'administration la liberté syndicale et le droit de participation. Plus de trois ans après l'expiration de ce délai, le législateur local n'a toujours pas adopté les dispositions nécessaires. Si la censure du Conseil constitutionnel est entrée en vigueur, l'inadéquation des dispositions du Code du travail local applicables aux salariés ne permet pas de garantir les droits collectifs des agents non titulaires de l'administration calédonienne. En effet, à titre d'illustration, quelle pourrait être la réalité de la protection accordée à un agent contractuel délégué syndical dont l'appréciation des causes du licenciement serait réalisée par un agent – l'inspecteur du travail - en lien hiérarchique avec l'employeur – le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie - à l'origine de la mesure d'éviction ?

Malgré de multiples mises en demeure des autorités de l'Etat envers les représentants des institutions locales, aucun projet de loi du pays n'a fait l'objet de discussion au sein de l'assemblée législative locale plus de quatre ans après la décision du Conseil constitutionnel³⁵, alors même que L. Janicot soulignait que « *le Conseil constitutionnel fait preuve de largesse en laissant un délai d'un an au Congrès pour satisfaire aux exigences constitutionnelles* »³⁶.

Cette carence dans l'autorité des décisions du juge constitutionnel n'est pas isolée. L'exemple de la loi du pays sur l'emploi local dans le secteur privé³⁷ est tout aussi révélatrice de la faculté des autorités politiques locales à faire fi de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Lors d'un contrôle effectué à l'occasion de la réforme de la loi organique statutaire, le juge constitutionnel avait considéré que « *l'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne*

³⁴ Voir L. Janicot, « QPC sur une loi du pays en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2012, p. 355.

³⁵ Un projet de loi du pays a néanmoins été récemment déposé sur le bureau du Congrès et les discussions en commission ont eu lieu en mars/avril 2016.

³⁶ L. Janicot, *op. cit.*

³⁷ Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC* du 12 août 2010, p. 6934.

constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre»³⁸, concluant ainsi à l'inconstitutionnalité d'une telle disposition.

Pourtant, malgré cette censure, le projet de loi présenté au Conseil d'État pour avis contenait les dispositions en faveur des conjoints dans une rédaction très proche de celle invalidée par le Conseil constitutionnel l'année précédente. Constatant l'inconstitutionnalité, le Conseil d'État avait logiquement demandé la suppression de telles dispositions étendant le bénéfice des mesures d'accès privilégié à l'emploi local aux conjoints des citoyens et des personnes remplissant la condition de résidence.

Néanmoins, ces dispositions ont été maintenues dans le texte final de la loi du pays³⁹, en violation délibérée de la décision du Conseil constitutionnel. Au surplus, lors de la seconde lecture du texte, préalable indispensable à une éventuelle saisine du Conseil, les élus indépendantistes ont obtenu qu'un degré de priorité soit établi entre les citoyens d'une part, et les personnes justifiant d'une certaine durée de résidence d'autre part. Il s'agit là encore d'une disposition discutable au regard d'une réserve d'interprétation émise par le Conseil en 1999⁴⁰.

Cette déférence à l'égard de la norme constitutionnelle pourrait paraître anecdotique si elle n'intervenait pas dans un contexte plus général dans lequel le consensus politique local amène à un reniement de décisions actées par le Constituant. En effet, la décision du comité des signataires du 10 février 2016 de ne pas appliquer les règles issues de la révision constitutionnelle de 2007 sur le corps électoral restreint pour les élections aux assemblées de province et au Congrès démontre la relativité inquiétante de la prise en compte de la règle constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie, qui plus est avec l'assentiment de l'Etat français.

Certes, on pourrait objecter que dans les cas de l'emploi local dans le secteur privé et du corps électoral restreint, le non-respect de la règle constitutionnelle a pour effet de limiter le champ d'application de dérogations constitutionnelles attentatoires aux libertés fondamentales. Il n'en reste pas moins que cette tendance à considérer la règle constitutionnelle comme optionnelle est d'autant plus préoccupante dans un territoire en voie d'émancipation dans la mesure où elle instaure des précédents discutables qui pourraient se répéter et conduire à une dérive du fonctionnement démocratique des institutions et d'une remise en cause de l'Etat de droit en Nouvelle-Calédonie. A moins qu'elle ne doive être interprétée comme un révélateur que l'émancipation est déjà bien amorcée...

En conclusion, il apparaît qu'un nombre important de questions restent en suspens s'agissant des lois du pays que le juge constitutionnel serait le bienvenu à trancher. Pour cela, encore faudrait-il qu'il soit saisi plus fréquemment.

³⁸ Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, rec. p. 152.

³⁹ Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, JONC du 12 août 2010, p. 6934.

⁴⁰ Décision n° 99-409 DC du 15 mars 1999, Journal officiel du 21 mars 1999, p. 4234.

Ainsi, il serait intéressant et fort utile de connaître la position du Conseil constitutionnel sur l'impact que pourrait avoir les censures du juge constitutionnel de dispositions législatives nationales dont l'équivalent serait contenu dans une loi du pays⁴¹.

De la même manière, on souhaiterait mieux percevoir l'appréhension par le Conseil constitutionnel des modalités de détermination du domaine matériel de la loi du pays. En effet, si le Conseil constitutionnel semble appliquer le critère finaliste déjà utilisé par le Conseil d'Etat pour déterminer le domaine matériel de la loi du pays dans sa décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013⁴², il serait intéressant qu'il se prononce de façon plus claire sur cette question. Dans ce cadre, le refus du juge constitutionnel de contrôler le respect du domaine matériel de la loi du pays lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de dispositions contenues dans une loi du pays ne favorise pas une telle prise de position. Il serait pourtant utile de pouvoir anticiper dans quelle mesure le domaine matériel de la loi du pays peut être appréhendé au-delà des matières énumérées à l'article 99⁴³.

⁴¹ Voir à cet égard les développements d'I. Dauriac dans sa contribution dans le présent ouvrage : « La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile de la Nouvelle-Calédonie » ? » (I. A.).

⁴² Décision n° 2013-3 LP du 1 octobre 2013, Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie
JORF du 4 octobre 2013 page 16505, considérant n° 10.

⁴³ Voir à titre d'illustration la contribution de V. David dans cet ouvrage : « Les lacunes du domaine matériel de la loi du pays : l'exemple du droit de l'environnement ».