

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Par décision du 23 octobre 2019, vous avez, dans cette formation de jugement, déclarées illégales les dispositions de l'article LP1 de la loi du pays n° 2019-18 LP/APF relative à la promotion de l'emploi local dans le secteur privé adoptée le 8 juillet 2019 par l'Assemblée de la Polynésie française, en tant que la procédure d'embauche pour l'exercice d'une activité professionnelle soumise à une mesure de protection de l'emploi local mise en place par ce texte ne réservait pas le cas des embauches réalisées dans l'urgence (*MEDEF de Polynésie française et autres et Confédération des PME de Polynésie française et autres*, n°s 433595, 433618, à mentionner aux T., à nos ccl partiellement contraires).

La faculté pour les collectivités d'outre-mer de prendre des mesures justifiées par les nécessités locales en faveur de leur population en matière, notamment, d'accès à l'emploi, est prévue par l'article 74 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Sur ce fondement, l'article 18 de la loi organique statutaire du 27 février 2004 (LO n° 2004-192) a, comme vous le savez, ouvert à la Polynésie française la possibilité de prendre des mesures favorisant l'accès à l'emploi 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 PACS avec ces dernières. Reprenant la réserve d'interprétation formulée par le CC dans sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 au sujet de la faculté similaire ouverte par le statut de la Nouvelle-Calédonie (article 24 de la LO n° 99-209 du 19 mars 1999), cet article précise que les mesures prises dans ce cadre 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 local¹.

Dix ans après que vous avez déclarées illégales les deux lois du pays adoptées en 2009 concernant la protection de l'emploi local respectivement dans le secteur public et le secteur privé (25 novembre 2009, *Société Polynésie Intérim et autres*, n°s 329047, 329262, p. 477, ccl. J. Burguburu ; 25 novembre 2009, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie*

¹ Dans sa décision relative à la Nouvelle-Calédonie, le CC avait également fait mention d'une exigence de stricte nécessité qui ne figure pas dans le texte de l'article 18 de la LO statutaire polynésienne, mais qui a été reprise par votre jurisprudence (voyez 25 novembre 2009, *Société Polynésie Intérim et autres*, n°s 329047, 329262, p. 477, ccl. J. Burguburu ; 25 novembre 2009, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*, n° 328776, p. 474, ccl. J. Boucher).

française, n° 328776, p. 474, ccl. J. Boucher), faisant obstacle à leur promulgation (III de l'article 176 de la LO n° 2004-192 du 27 février 2004), et à la suite d'une tentative avortée de légiférer sur le sujet en 2016, un nouveau texte relatif à la promotion de l'emploi local en Polynésie française a été adopté en 2019.

Vous avez jugé le dispositif mis en place globalement conforme au bloc de légalité défini au III de l'article 176 de la LO (voyez votre décision précitée du 23 octobre 2019). Sans revenir en détail sur son fonctionnement, rappelons que contrairement à la Nouvelle-Calédonie, qui a fait le choix d'agir sur la répartition du stock des emplois occupés par ses résidents, la Polynésie française a mis en place un mécanisme de gestion de la file d'attente pour l'accès aux emplois salariés du secteur privé : à conditions de qualification et d'expérience professionnelles égales, les personnes justifiant d'une durée de résidence de dix, cinq ou trois ans sur le territoire polynésien bénéficient, selon que sont en cause des activités professionnelles nécessitant une protection renforcée, intermédiaire ou minimale de l'emploi local, d'une priorité d'embauche.

Outre le développement des outils statistiques nécessaires à l'identification des activités professionnelles dans lesquelles est atteint le seuil de recrutement de néo résidents déclenchant l'éligibilité à une mesure de protection ainsi que la définition des critères encadrant le choix de déclencher effectivement une telle mesure, la mise en œuvre du dispositif se traduit par l'obligation pour l'employeur qui n'aurait pu recruter une personne bénéficiaire d'une priorité d'embauche sur un emploi vacant protégé d'en informer le service en charge de l'emploi. Ce n'est qu'après délivrance par celui-ci d'une attestation constatant l'impossibilité de pourvoir l'offre d'emploi par une personne prioritaire, ou en l'absence de proposition de candidature dans le délai d'un mois suivant le dépôt de l'offre, que l'employeur est autorisé à recruter une personne non prioritaire (Lp. 5532-2 du code du travail), le non-respect de cette obligation étant sanctionné par l'infliction d'une amende administrative (Lp. 5533-1 du même code).

Cette procédure excédant les strictes nécessités du soutien à l'emploi local en tant qu'elle ne réservait pas le cas des embauches devant être réalisées en urgence, vous avez déclaré illégal, dans cette mesure, l'article LP1 de la loi du pays contestée, tout en précisant que votre décision ne faisait pas obstacle à la promulgation du texte sous réserve, tant qu'il n'aura pas été complété, qu'il n'en soit pas fait application aux embauches réalisées en urgence (3^e alinéa du I de l'article 177 de la LO). Le texte a donc été promulgué et publié au JOPF le 5 novembre 2019.

Dans le même temps, le président de la Polynésie française a fait usage de la faculté offerte par le 4^e alinéa du I de l'article 177 de la loi organique en cas de déclaration partielle d'illégalité d'une loi du pays de soumettre, dans les dix jours de la publication de votre décision au JOPF, la disposition concernée à une nouvelle lecture de l'assemblée de ce territoire, afin d'en assurer la conformité aux normes supérieures.

Ce processus a abouti à l'adoption le 28 novembre 2019 de la loi du pays 2019-27 LP/APF, faisant le choix d'inclure les emplois devant être pourvus en urgence dans le champ

du dispositif de protection, mais selon des modalités procédurales adaptées, le service de l'emploi devant faire une proposition de candidature ou, à défaut, délivrer à l'employeur l'attestation lui permettant de recruter une personne non prioritaire dans le délai maximal de 72 h à compter de la notification de la vacance de l'emploi, ce recrutement ne pouvant alors être effectué que par contrat à durée déterminée (article Lp. 5532-2 complété)².

C'est ce second texte que la société de travail temporaire Polynésie intérim, qui était déjà requérante dans l'instance ayant donné lieu à votre décision du 23 octobre 2019, vous demande de déclarer illégal.

Le délai de trois mois qui vous est imparti par l'article 177 de la loi organique statutaire pour vous prononcer, qui expirait le 31 mars 2020, n'a pu être prorogé par les ordonnances n° 2020-305 et 2020-306 du 25 mars 2020, prises dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, qui sont de niveau inférieur dans la hiérarchie des normes. Reste que d'après nos recherches la Polynésie française n'a pas fait usage de la faculté de promulguer la loi du pays contestée à l'expiration de ce délai, faculté prévue par le II de l'article 177, de sorte que vous êtes toujours saisis aujourd'hui d'un recours tendant à la déclaration d'illégalité de cette loi et non d'un recours en annulation.

Dans ses mémoires, la société Polynésie Intérim, dont l'intérêt pour agir ne nous semble pas faire de doute contrairement à ce qui est suggéré en défense, soulève plusieurs moyens dont les contours et la visée exacts apparaissent par moment difficiles à cerner.

Sa critique principale porte sur l'exclusion des contrats de travail temporaire du champ des embauches devant être réalisées dans l'urgence, situation qui imposerait selon elle des restrictions excédant les mesures strictement nécessaires à la protection de l'emploi local et porterait une atteinte grave et excessive à la liberté du commerce et de l'industrie.

Les dispositions régissant le travail temporaire en Polynésie française ressemblent beaucoup à celles applicables en métropole (articles L. 1251-5 et suivants du code du travail). L'article Lp. 1232-1 du code du travail de ce territoire prévoit qu'il repose sur la conclusion de deux contrats, l'un, dit contrat de mise à disposition, conclu entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice et l'autre, dit contrat de mission, conclu entre le salarié et son employeur, qui est l'entreprise de travail temporaire.

Comme cela est également prévu à l'article Lp. 1231-1 pour les contrats de travail à durée déterminée, l'article Lp. 1232-3 précise que ces contrats de mission ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice. Il ne peut être recouru au travail temporaire pour l'accomplissement de certaines tâches non durables que dans les cas limitativement énumérés

² Là encore le choix fait par la Nouvelle-Calédonie est différent, le législateur de pays ayant dans ce territoire fait le choix d'exclure purement et simplement du dispositif de protection de l'emploi local les embauches pour une durée inférieure à trois mois, sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de mission (loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010).

à l'article Lp. 1232-4 de ce code, en particulier pour remplacer un salarié temporairement absent ou pour occuper un poste vacant dans l'attente d'un recrutement par contrat à durée indéterminée, pour exécuter une tâche occasionnelle ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise, ou encore pour faire face à un pic d'activité ou répondre à un besoin saisonnier. Au moins dans certaines de ces hypothèses, le recours au travail temporaire vise donc bien à couvrir des besoins urgents des entreprises utilisatrices.

La requérante ne reproche pas au texte d'avoir exclu le recrutement par contrat à durée indéterminée de personnes non prioritaires sur des emplois devant être pourvus en urgence qui correspondraient à des besoins permanents : pour assurer l'accès le plus large de ses résidents aux emplois locaux, le législateur polynésien n'a ouvert le recours à la procédure de recrutement accélérée mise en place par le texte contesté que dans la mesure strictement nécessaire pour répondre aux situations d'urgence. Une fois l'urgence levée, il appartient aux entreprises souhaitant recruter dans une activité professionnelle concernée par une mesure de protection de procéder à un recrutement pérenne en respectant la procédure de droit commun prévue par la loi du pays promulguée le 5 novembre 2019. Dans ce cadre, rien ne fait obstacle à ce qu'en l'absence de proposition de candidature d'une personne prioritaire à l'embauche dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'offre, ou en cas de délivrance par le service en charge de l'emploi de l'attestation constatant l'impossibilité de la pourvoir par le recrutement d'une personne prioritaire, le titulaire du contrat à durée déterminée conclu pour faire face à l'urgence voie son contrat de travail reconduit sous la forme d'un contrat à durée indéterminée.

Ce que critique la société Polynésie Intérim, c'est la contrainte que fait peser la loi du pays contestée sur les employeurs en leur imposant de recourir à la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsqu'ils doivent procéder à des recrutements urgents dans des activités soumises à une mesure de protection. En dissuadant le recours au travail intérimaire dans ce cas de figure, l'entrée en vigueur du texte pourrait avoir pour conséquence de tarir une partie de son activité.

Ce faisant elle soulève à nos yeux une difficulté réelle : rien ne justifie de favoriser la conclusion de contrats de travail à durée déterminée plutôt que le travail temporaire, les motifs justifiant le recours à chacun de ces deux instruments étant pour la plupart d'entre eux identiques (voyez, de nouveau, l'article Lp. 1231-2 qui dispose qu'il peut être recouru à des contrats de travail à durée déterminée dans les cas qu'il énumère limitativement, notamment pour remplacer un salarié temporairement absent, pour faire face à un accroissement temporaire d'activité ou exécuter une tâche occasionnelle précisément définie, ou encore pour pourvoir des emplois à caractère saisonnier).

S'il semble difficile de considérer que le travail intérimaire serait hors du champ du dispositif de protection de l'emploi local mis en place dans ce territoire, qui s'applique sans distinction à l'ensemble des embauches dans les activités professionnelles faisant l'objet d'une mesure de protection, il est possible de lire la référence faite par le législateur polynésien à la notion de contrat à durée déterminée comme visant seulement à exclure le

recrutement en urgence de personnes non prioritaires sur des contrats de travail à durée indéterminée.

Une telle interprétation est certes un peu constructive, mais elle peut se réclamer de la position exprimée dans le rapport fait au nom de la commission de la santé, de la solidarité, du travail et de l'emploi, selon laquelle la restriction tenant à la durée des contrats conclus aurait pour objectif de limiter les embauches de candidats non bénéficiaires de la protection de l'emploi local pour pourvoir des emplois permanents (rapport n° 132-2019 du 12 novembre 2019 de Mmes Sylvana Puhetini et de Virginie Bruant), de même que des écritures produites en défense par l'Assemblée de la Polynésie française et, dans une moindre mesure, par la présidence de ce territoire.

Le texte adopté ne fait d'ailleurs pas lui-même expressément référence aux contrats à durée déterminée régis par les articles Lp. 1231-2 du code du travail, d'ailleurs dénommés contrats de travail à durée déterminée. Ce qui vous laisse libre d'interpréter l'expression de contrat à durée déterminée employée par la loi du pays contestée comme un terme générique, désignant l'ensemble des contrats dont le terme est fixé par avance, y compris les contrats de mission et de mise à disposition conclus dans le cadre du travail temporaire.

Il est vrai que les dispositions contestées prévoient que l'existence d'une situation d'urgence justifiant le recours à la procédure de recrutement accélérée s'apprécie au niveau de l'entreprise utilisatrice employeur, sans à première vue envisager l'hypothèse dans laquelle le salarié serait simplement mis à sa disposition par un employeur tiers.

Mais si vous nous suivez, vous considèrerez que l'entreprise de travail temporaire doit dans ce cas être regardée comme transparente pour l'application des dispositions contestées, seule comptant l'urgence caractérisée au niveau de l'entreprise utilisatrice, ce qui vous permettra d'écarter le moyen soulevé par la requérante.

Le moyen suivant vous retiendra moins longtemps. Il porte sur la définition de l'urgence donnée par la loi du pays contestée (dernier alinéa de l'article Lp. 5532-2) comme « *une situation imprévisible qui perturbe gravement le fonctionnement de l'entreprise et qui requiert une solution immédiate* ».

La requérante voit dans l'emploi de l'adverbe gravement une restriction excessive à la liberté d'entreprendre, constitutive d'une erreur manifeste d'appréciation (sur la nature de votre contrôle CE, 15 mars 2006, *Flosse*, n° 288390, p. 150) ainsi que le risque d'une immixtion du service de l'emploi local dans la gestion des entreprises.

Mais sur ce point la loi du pays contestée se borne à donner une définition de l'urgence, dans le double souci d'assurer la sécurité juridique et d'éviter le dévoiement du dispositif mis en place, en des termes qui nous paraissent d'autant plus appropriés qu'ils ne sont pas sans rappeler ceux que vous utilisez vous-mêmes pour cerner les contours de la notion d'urgence dans le cadre des procédures de référé (voyez, en référé-suspension, Section, 19 janvier 2001, *Confédération générale des radios libres*, n° 228815, p. 29, ccl. L. Touvet).

Nous n’y voyons pas le signe d’une immixtion du service local de l’emploi dans la gestion des entreprises.

Nous identifions enfin dans les écritures deux autres moyens ou plutôt argumentations qui ne vous arrêteront pas : en effet rien n’imposait à la Polynésie française de prévoir que les sociétés d’intérim devraient prendre une part active à la gestion du dispositif de protection de l’emploi local, et il était parfaitement loisible au législateur de pays de prévoir une nouvelle hypothèse de recours au CDD ne correspondant pas à celles déjà énoncées par les dispositions de même niveau régissant par ailleurs le recours à ce type de contrat.

PCMNC au rejet de la requête ainsi qu’au rejet des conclusions présentées en défense par l’Assemblée de la Polynésie française au titre des frais de procédure.