



« Vers une para-fonction publique contractuelle en Nouvelle-Calédonie »

Charles Froger, Maître de conférences en droit public
21 octobre 2021

Vers une para-fonction publique contractuelle en Nouvelle-Calédonie

I. LA PUBLICISATION DES AGENTS CONTRACTUELS

*II. L'EXTENSION DU RECOURS AU CONTRAT A DUREE
INDETERMINEE (CDI)*

I. La publicisation des agents contractuels

A. Le champ d'application imparfait du contrat de droit public

- De nombreuses personnes publiques incluses
 - ➔ pendant 70 ans : droit du travail sauf « personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public » (art. Lp 111-3 CTNC)
 - ➔ 2021 : Lp. 111-3 Code du travail NC (modifié par la Lp du 12 mai 2021):
« Relèvent d'un statut de droit public au sens du présent code, les agents contractuels recrutés par :
1° *la Nouvelle-Calédonie et ses institutions* ;
2° *les provinces* ;
3° *les communes* ;
4° *les établissements publics administratifs des communes, des provinces et de la Nouvelle-Calédonie, les syndicats intercommunaux, les syndicats mixtes, les établissements publics de coopération intercommunale à l'exclusion des chambres consulaires* »
5° *les autorités administratives indépendantes* »

I. La publicisation des agents contractuels

- Des personnes publiques toujours exclues du champ d'application du droit public
 - ➔ Les agents contractuels des chambres consulaires (au nombres de 3 : Commerces et industrie, Agriculture, Métiers et l'artisanat : règles propres relevant surtout du droit du travail prévue par la Lp du 7 juillet 2021 et la délibération du 19 aout 2021)
 - ➔ Les agents contractuels des EPIC (ex. OCEF, Port Autonome, OPT) : non cités par l'article L. 111-3 Code travail NC comme soumis à un statut de droit public. Donc encore soumis au Code du travail NC

I. La publication des agents contractuels

→ Les agents contractuels de l'Etat

Ordonnance de 1985 : contractuels de l'Etat soumis au droit du travail

Lp 2008 créant le Code travail NC : *les contractuels de l'Etat restaient-ils soumis au droit du travail issu de l'ordonnance de 1985, ou la loi du pays de 2008, leur était-elle applicable et les soumettait-elle au droit du travail résultant du droit calédonien ?*

I. La publicisation des agents contractuels

Pour le CE, la réponse est :

CE, avis, 10 et 11 juill. 2007, n° 380639 : « *la Nouvelle-Calédonie n'était pas compétente pour abroger et codifier ces dispositions en tant qu'elles s'appliquent aux agents non titulaires de l'Etat. Ces agents en fonction localement, qui participent à un service public administratif, doivent être regardés comme appartenant à la "fonction publique de l'Etat", matière qui, en application des dispositions du g° du 1 de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, relève de la compétence de l'Etat. Si ces agents sont soumis, en l'état des textes, au droit du travail, il n'en demeure pas moins que c'est à l'Etat qu'il revient de déterminer le régime de travail qui leur est applicable. Il n'appartient donc pas à la Nouvelle-Calédonie d'abroger l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 et les textes pris pour son application en tant qu'ils s'appliquent à ces agents* ».

I. La publicisation des agents contractuels

Pour le TC, la réponse est opposée:

TC, 2010, Van Assche : les articles Lp. 111-1 à Lp. 111-3 du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie, « issues de la loi du pays du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie, se sont substituées à l'article 1er de l'ordonnance du 13 novembre 1985 »

→ Donc les contractuels de l'Etat sont soumis au code du travail calédonien depuis 2008.

→ Les agents contractuels de l'Etat reste soumis au droit du travail local car :

- La Lp du 12 mai 2021, même si le TC applique sa jurisprudence de 2010, vise désormais les personnes publiques qui recrute des agents par voie de contrat de droit public. Or, l'Etat n'est pas et ne peut être visé
- Nécessité d'une intervention de l'Etat, par la voie législative et réglementaire pour soumettre les agents contractuels de l'Etat au droit public

I. La publicisation des agents contractuels

B. Le contenu « statutaire » du contrat de droit public

Art. 31 Lp 12 mai 2021 : « *relèvent d'un statut de droit public au sens du présent code, les agents contractuels [...]* » = oxymore juridique

Art. 32 Lp 12 mai 2021 : « *une délibération fixe les règles applicables aux agents contractuels employés par :*

1° la Nouvelle-Calédonie et ses institutions ;

2° les provinces ;

3° les communes ;

4° les établissements publics administratifs des communes, des provinces et de la Nouvelle-Calédonie, les syndicats intercommunaux, les syndicats mixtes, les établissements publics de coopération intercommunale à l'exclusion des chambres consulaires

5° les autorités administratives indépendantes »

Art. 29 : « *Les agents contractuels sont soumis aux mêmes règles que les fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie dans les matières suivantes : 1° droit d'expression ; 2° exercice des droits syndicaux ; 3° repos hebdomadaire ; 4° emploi des travailleurs handicapés ; 5° formation professionnelle ; 6° droits et obligations ; 7° congés, à l'exception des congés de maladie, administratifs et uniques ; 8° permissions exceptionnelles.* »

« *les agents contractuels sont soumis aux dispositions du code du travail relatives à la protection, au soutien et à la promotion de l'emploi local.* »

II. L'extension du recours au cdi

A. La « cdisation » dès le recrutement

Art 27 Lp du 12 mai 2021 : « *Par dérogation au I ci-dessus, les recrutements effectués au 1°, 2° et 3° peuvent l'être à durée indéterminée.* C'est-à-dire :

- 1° lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions exercées ;*
- 2° lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées ;*
- 3° pour faire face à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu notamment par un fonctionnaire présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle adaptée aux missions à accomplir »*

II. L'extension du recours au cdi

Validé par le Conseil constitutionnel, Décision 2021 Lp, 1^{er} avril 2021:

« Le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur du pays de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont en principe occupés par des fonctionnaires. »

Mais le CC a émis une réserve d'interprétation, relative au respect du principe d'égal accès à la fonction publique :

- D'une part, les autorités calédoniennes locales devront « *fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats à ces emplois et de préciser les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées* »
- D'autre part, les employeurs locaux devront, malgré *l'intuitu personae* du contrat, seulement apprécier « *la capacité des intéressés à remplir leur mission* ».

II. L'extension du recours au cdi

En revanche, une disposition a été censurée au regard du principe d'égalité devant la loi :

II-b Peuvent également être recrutées à durée indéterminée, les personnes détenant un contrat ou un engagement à durée indéterminée auprès de leur précédent employeur public ou privé dans un domaine d'activité en rapport avec celui du poste ouvert à la vacance d'emploi.

L'objet de ces dérogations par recrutement direct en CDI est « *de permettre aux employeurs publics de Nouvelle-Calédonie de recruter des agents qui n'ont pas le statut de fonctionnaire, lorsque ce recrutement est adapté à leurs besoins* ».

Une condition était requise : que la personne « *ait précédemment exercé, sous un contrat à durée indéterminée, un emploi du secteur public ou du secteur privé relevant d'un domaine d'activité en rapport avec celui du poste à pourvoir* »

Il existe donc une différence de traitement selon la nature du contrat (CDI ou CCD) « *Or, l'aptitude d'un candidat à occuper un emploi public ou sa capacité à répondre au besoin de l'administration pour ce poste ne dépend pas du caractère à durée indéterminée ou non du contrat qui le liait à ses précédents employeurs privés ou publics. La différence de traitement ne repose donc pas sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi. Elle n'est pas non plus justifiée par un motif d'intérêt général et méconnaît donc le principe d'égalité devant la loi.* »

II. L'extension du recours au cdi

B. La « cdisation » après trois années de services

Les agents non-titulaires justifiant des conditions cumulatives suivantes peuvent passer en CDI : Art. 27 Lp 12 mai 2021:

- *3 ans de services effectifs continus à temps complet ou incomplet :*
 - pour le compte de l'employeur public lui proposant un recrutement ou un renouvellement à durée indéterminée ;
 - sur le même poste permanent ou sur un poste permanent comportant des fonctions de nature et de niveau équivalents
- *un état de service (ou une manière de servir) satisfaisant au regard des fonctions précédemment exercées.*