



République française

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

Observations du congrès de la Nouvelle-Calédonie  
sur la loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie

---

**Pour** Le président du congrès conformément aux dispositions de l'article 104 de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* ;

**Contre** Le déféré constitutionnel contre les paragraphes II-a et II-b de l'article Lp 11-1 de la *délibération n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux* introduits par la loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours du Président de l'Assemblée de la province Nord contre les paragraphes II-a et II-b de l'article Lp 11-1 de la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 *portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux* introduits par la loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie. Ce recours appelle, de la part du congrès de la Nouvelle-Calédonie les observations suivantes.

### **I- Rappel des dispositions contestées.**

La loi du pays adoptée le 13 janvier 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie a pour objet :

- d'opérer une fusion des statuts généraux des deux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie (territoriale et communale) ;
- de revisiter les règles applicables en matière d'exercice du droit syndical dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie en créant notamment la notion de représentativité syndicale dans le secteur public ;
- de garantir la représentativité des agents contractuels de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie en imposant l'installation obligatoire de comités techniques paritaires auprès de chaque employeur public ;
- d'instituer des règles régissant les relations de travail entre les agents contractuels et leurs employeurs, lesquels seront désormais régis par le droit public et non plus par le code du travail de Nouvelle-Calédonie.

La loi du pays a notamment modifié de façon substantielle le dispositif de recrutement d'agents contractuels.

Jusqu'ici, en effet, le recrutement d'agents non titulaires pour pourvoir des emplois vacants dans la fonction publique était encadré par l'article 11 de la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 *portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux*.

Cet article était rédigé comme suit :

*« § 1 - Les emplois civils permanents des administrations publiques et des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie sont occupés par des fonctionnaires régis par le présent statut ainsi que par des agents régis par la convention collective des services publics.*

*§ 2 - Par dérogation au paragraphe précédent, les emplois publics peuvent être pourvus par des non- fonctionnaires lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient dans les cas suivants :*

- a) lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer ces fonctions ou lorsqu'il s'agit de fonctions nouvellement prises en charge par l'administration ou nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées ;*
- b) pour assurer le remplacement momentané de titulaires indisponibles ou pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par la présente délibération ;*
- c) lorsqu'un emploi, quoique permanent, n'implique qu'un service à temps partiel ;*
- d) pour faire face à un besoin saisonnier ou occasionnel qui ne peut être assuré par des fonctionnaires.*



*e) pour occuper les emplois visés aux articles 2 et 3 de la délibération n° 234 du 13 décembre 2006 portant dispositions particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités et établissements publics de Nouvelle-Calédonie. »*

Ces dispositions rappelaient que les emplois de l'administration devaient, par principe, être occupés par des fonctionnaires mais qu'il était possible de déroger à ce principe en ayant recours à des recrutements d'agents sous contrat.

Ces contrats pouvaient être à durée déterminée. Ils pouvaient également potentiellement être à durée indéterminée lorsqu'il n'existait pas de corps de fonctionnaires susceptibles de répondre aux besoins spécifiques de l'employeur.

La loi du pays adoptée le 13 janvier 2021 a complété ce dispositif en élargissant de manière importante les possibilités de recours à des contractuels. Elle remplace l'article 11 et introduit un nouvel article Lp 11-1 au sein de la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 *portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux*.

Ces deux articles sont rédigés comme suit :

*« Article Lp. 11 : Les emplois permanents des employeurs publics sont occupés par des fonctionnaires*

*Article Lp.11-1 : I- Les emplois permanents des employeurs publics peuvent également être pourvus, pour une durée déterminée, par des agents contractuels lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient dans les cas suivants :*

- 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 ;*
- 4° pour assurer le remplacement momentané de titulaires indisponibles ;*
- 5° lorsque la quotité de temps de travail sur ces emplois est inférieure à 100 % ;*
- 6° pour occuper un des emplois prévus par la délibération n° 234 du 13 décembre 2006 portant dispositions particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités et établissements publics de Nouvelle-Calédonie ;*
- 7° pour occuper l'emploi de délégué pour la Nouvelle-Calédonie.*

*II-a Par dérogation au I ci-dessus, les recrutements effectués au 1°, 2° et 3° peuvent l'être à durée indéterminée. Il en va de même pour les agents non-titulaires justifiant des conditions cumulatives suivantes :*

- 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.*

*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.*

*III- Les employeurs publics peuvent également recourir à des agents non-titulaires pour :*

- 1° exécuter une mission occasionnelle précisément définie et non durable ;*
- 2° faire face à un besoin saisonnier ;*
- 3° faire face à un surcroît temporaire d'activité.*

*IV- Une délibération du congrès fixe, selon les cas, la durée d'engagement des agents non-titulaires. »*

En application de l'article 104 de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999, le Président de l'Assemblée de la province nord a déféré au Conseil constitutionnel les paragraphes II-a et II-b de l'article Lp 11-1 la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux introduits par l'article 27 de la loi du pays.

A l'appui de son recours, le Président de l'Assemblée de la province Nord soutient que les dispositions contestées méconnaissent :

- Le principe d'égalité devant la loi ;
- Le principe d'égal accès aux emplois publics ;
- Le principe selon lequel le législateur doit épuiser sa compétence ;
- L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ;
- Le principe de protection de l'emploi local en Nouvelle-Calédonie.

## **II- Examen des moyens soulevés par le Président de l'Assemblée de la province Nord.**

### **A- Concernant le principe d'égalité devant la loi et le principe d'égal accès aux emplois publics.**

**En premier lieu**, il n'y a pas de principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique ne doivent être occupés que par des fonctionnaires et il n'est pas contraire au principe d'égal accès aux emplois publics de recourir à des contractuels y compris de façon très large.

Le principe d'égal accès aux emplois publics est issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 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* ».

Pour se conformer au principe d'égal accès aux emplois publics, il n'existe pas de voie particulière en matière de recrutement d'agents publics. L'employeur ne doit tenir compte pour le recrutement de ces emplois que des capacités, des vertus et des talents des candidats.

Dans sa décision n°2019-790 DC du 1<sup>er</sup> août 2019, le Conseil constitutionnel a ainsi confirmé que « *le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur 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* ».



Par ailleurs, dans sa décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, il a jugé « *qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'ainsi le moyen tiré du principe de l'égal accès aux emplois publics ne saurait être retenu* ».

Il ne peut donc être reproché au congrès d'avoir élargi les possibilités de recrutement d'agents contractuels dans l'administration.

Le Président de l'Assemblée de la province Nord ne peut prétendre que les recrutements de contractuels seront désormais contraires au principe d'égal accès aux emplois publics en le déduisant simplement de la rédaction de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990.

Il est vrai que pour garantir le principe d'égal accès aux emplois publics, les employeurs publics de Nouvelle-Calédonie qui décideront de recourir à des agents contractuels devront nécessairement respecter une procédure de recrutement qui permettra d'apprécier les capacités, les vertus et les talents de chaque candidat.

Néanmoins, il n'y a pas, à ce stade, et au vu des seules dispositions de l'article Lp 11-1, de raisons objectives de considérer que les employeurs publics recruteront des contractuels de façon discrétionnaire sans rechercher à retenir le candidat qui aura les meilleures aptitudes.

**En deuxième lieu**, les employeurs publics de Nouvelle-Calédonie seront bien tenus de respecter une procédure de recrutement des agents contractuels pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique.

La réforme de la fonction publique engagée par le gouvernement ne se limite pas à la loi du pays du 13 janvier 2021.

Cette loi du pays sera, en effet, complétée par trois délibérations qui ont été déposées sur le bureau du congrès le 27 février 2019 et d'ores et déjà examinées par la commission de l'organisation administrative et de la fonction publique du congrès.

Ces trois projets de délibération seront adoptés par le congrès une fois que la loi du pays aura été promulguée afin de se conformer à la jurisprudence du Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 12 janvier 2005, 255272).

Le gouvernement sera également amené à adopter plusieurs arrêtés réglementaires pour fixer les modalités d'application de certaines dispositions.

Les dispositions litigieuses issues du point II-a et du point II-b de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 ont ainsi vocation à être complétées et précisées ultérieurement par des délibérations réglementaires du congrès et par des arrêtés du gouvernement.

Le congrès admet ainsi qu'il sera nécessaire, afin de garantir le respect du principe d'égal accès aux emplois publics, de prévoir dans le dispositif réglementaire qui complètera la loi du pays, une procédure de recrutement *ad hoc* pour l'accès des contractuels aux emplois permanents de l'administration.

Ces précisions dans les délibérations réglementaires apparaissent en effet nécessaires compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.



Dans sa décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009 celui-ci a en effet jugé « *que le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de direction d'établissement public qui sont en principe occupés par des fonctionnaires ; que toutefois ces dispositions ne sauraient être interprétées comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que dès lors, d'une part , il appartient au pouvoir réglementaire, chargé de prendre les mesures d'application , de 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 ; que d'autre part, il appartient aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission ; que sous cette double réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de l'égal accès aux emplois publics ».*

Une procédure de recrutement analogue à celle qui a été instituée au niveau national par le décret n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 pourrait ainsi venir compéter les projets de délibération actuellement en cours d'examen.

**En troisième lieu**, il appartient au pouvoir réglementaire et non au législateur, de fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats aux emplois de l'administration et de préciser les modalités selon lesquelles leurs capacités seront examinées.

Ce principe déjà affirmé dans la décision précitée du Conseil constitutionnel n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009 a également été retenu par le Conseil d'Etat dans son avis n°397088 du 27 mars 2019 rendu sur le projet de loi de transformation de la fonction publique.

Le Conseil d'Etat souligne en effet que « *la possibilité (...) de recourir à des agents contractuels pour occuper des emplois publics ne peut que rester sans incidence sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement, telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution (...). Il résulte d'une jurisprudence constante que, s'il appartient au législateur d'édicter les conditions générales d'accès aux emplois publics, dans le respect du principe d'égalité et des autres règles et principes de valeur constitutionnelle (CC, 23 juillet 1991, n° 91-293 DC), y compris donc d'ouvrir la possibilité de recruter des contractuels, la définition des règles applicables aux agents non titulaires relève du pouvoir réglementaire (CE, section, 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, n° 57706 ; 30 mars 1990, Fédération générale des fonctionnaires Force ouvrière et autres, n° 76538) ».*

**En quatrième lieu**, et contrairement à ce qui est affirmé par le Président de l'Assemblée de la province Nord, le fait que les articles Lp 11 et Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 ne renvoient à aucune délibération le soin de définir de manière explicite les modalités de sélection des candidats permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics est sans incidence sur leur conformité à la Constitution.

En effet, l'article 22-14° de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie précise que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière « *fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes* ».

En application de l'article 83 de la loi organique, la compétence en matière de fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes est exercée par le congrès.

Enfin, selon les dispositions de l'article 99 de la loi organique, « *les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes* » relèvent du domaine de la loi du pays.

La particularité de la Nouvelle-Calédonie porte sur le fait que la compétence réglementaire en matière de fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes est partagée entre le congrès et le gouvernement.

En effet, les règles prises en matière de fonction publique qui ne relèvent pas « *des garanties fondamentales* » sont adoptées par le congrès sous la forme de délibérations réglementaires.

En outre, pour fixer les modalités d'application de ces délibérations réglementaires, le congrès a la possibilité d'habiliter expressément le gouvernement à prendre des arrêtés. Cette procédure est prévue par l'article 126 de la loi organique selon lequel le gouvernement « *prend sur habilitation du congrès ou de sa commission permanente, les arrêtés réglementaires ou non réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de leurs actes* ».

En matière de fonction publique, la Nouvelle-Calédonie est ainsi amenée à adopter trois types de normes qui se complètent :

- Les lois du pays adoptées par le congrès, lorsqu'il s'agit d'instituer des « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes* » ;
- Les délibérations réglementaires adoptées par le congrès lorsqu'il s'agit de prendre des mesures en matière de fonction publique qui ne relèvent pas « *des garanties fondamentales* » ;
- Les arrêtés du gouvernement pris sur habilitation du congrès pour fixer les modalités d'application des délibérations.

Aucune disposition ni aucun principe n'impose aux lois du pays adoptées en matière de fonction publique de renvoyer expressément à une délibération réglementaire le soin de prendre les mesures complémentaires qui ne relèveraient pas des « *garanties fondamentales* ».

Le congrès est ainsi doté d'un pouvoir réglementaire autonome en matière de fonction publique et lorsqu'il adopte des délibérations réglementaires dans cette matière, il tire sa compétence des articles 22-14° et 83 de la loi organique et non d'une habilitation énoncée dans une loi du pays.

Contrairement à ce qui est soutenu par le Président de l'Assemblée de la province Nord, la loi du pays adoptée le 13 janvier 2021 n'avait donc pas à renvoyer expressément à une délibération le soin de définir les modalités de sélection des candidats contractuels.

Cette absence de renvoi, n'empêchera pas le congrès de prévoir dans les délibérations qui seront adoptées prochainement et, le cas échéant, dans des arrêtés du gouvernement, des dispositions spécifiques permettant de garantir le respect du principe d'égal accès aux emplois publics.

#### B- Concernant l'incompétence négative du législateur calédonien.

Le Président de l'Assemblée de la province Nord considère que les points II-a et II-b de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 qui ont été introduits par l'article 27 de la loi du pays mériteraient d'être précisés et développés.

Selon lui, le législateur n'aurait pas épuisé sa compétence et le fait que des délibérations viendront préciser ultérieurement les conditions d'application de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 méconnaît la répartition entre la loi du pays et le règlement.



La notion de « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes* » mentionnée à l'article 99 de la loi organique doit s'interpréter par analogie à la définition, retenue à l'article 34 de la Constitution, des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de l'Etat.

Ce principe a déjà été retenu à plusieurs reprises par le Conseil d'Etat (voir en ce sens les avis n° 384965 du 22 février 2011 et n° 396571 du 29 janvier 2019).

Cela signifie donc que les principes qui relèvent du domaine législatif au niveau national en application de l'article 34 de la Constitution relèvent également du domaine de la loi du pays en Nouvelle-Calédonie au titre de l'article 99 de la loi organique.

Il ne serait pas compréhensible qu'une règle prise en matière de fonction publique soit considérée comme appartenant aux « *garanties fondamentales* » en Nouvelle-Calédonie alors qu'elle relèverait d'une simple mesure réglementaire au niveau national.

Par principe, il est donc possible, pour déterminer ce qui relève « *des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes* » au sens de l'article 99 de la loi organique, de se référer aux dispositions législatives en vigueur au niveau national.

Or les points II-a et II-b de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 s'inspirent très largement des articles 4, 6, 6 *bis*, 6 *ter*, 6 *quinquies* et 6 *sexies* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat*.

Il s'avère en effet que les dispositions précitées de la loi du 11 janvier 1984 qui énoncent les conditions dans lesquelles les employeurs publics sont autorisés à pourvoir certains emplois vacants par des agents contractuels sont très proches de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 et ne sont pas beaucoup plus détaillées.

Aucune incompétence négative ne peut donc être reprochée au législateur calédonien et pour répondre précisément au moyen soulevé par le Président de l'Assemblée de la province Nord, il sera tout à fait possible, si tant est que cela soit nécessaire, de préciser dans les délibérations ultérieures les notions « *d'engagement* » et de « *domaine d'activité en rapport avec celui ouvert à la vacance d'emploi* » mentionnées au point II-b de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990.

### C- Concernant l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Le Président de l'Assemblée de la province Nord considère que les dispositions litigieuses méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Selon cet objectif, la loi « *doit être revêtue d'une portée normative et le législateur doit adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (source : site internet Conseil constitutionnel : « *Le Conseil constitutionnel et la transparence juridique* »).

Le congrès soutient que les dispositions de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 sont suffisamment claires. Comme il est indiqué *supra*, si des précisions sont nécessaires, elles ne relèvent pas du domaine de la loi du pays et seront apportées par la voie réglementaire.



D- Concernant le respect du principe de protection et de promotion de l'emploi local.

Dans son avis rendu sur le projet de loi du pays (avis n° 396571 du 29 janvier 2019), le Conseil d'Etat a rappelé qu'« *afin d'éviter tout risque d'inconstitutionnalité (...) s'impose au législateur de Nouvelle-Calédonie, en vertu de l'article 24 de la loi organique éclairé par la décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014 du Conseil constitutionnel, l'obligation de prévoir expressément, au bénéfice des agents non titulaires, une disposition de protection, de soutien et de promotion de l'emploi local afin de ne pas méconnaître le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie consacré par l'Accord de Nouméa* ».

Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a ainsi complété le projet de loi du pays en introduisant un nouveau paragraphe au sein de l'article 29 lequel dispose que « *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* ».

Il existera donc bien un dispositif de protection de l'emploi local lorsque les employeurs publics recruteront des agents contractuels en application de l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990 pour occuper des emplois vacants.

Ce dispositif de protection sera suffisant pour couvrir toutes les situations.

Le Président de l'Assemblée de la province Nord considère, au contraire, qu'aucun dispositif de protection ne pourra s'appliquer dans l'hypothèse où seraient en concurrence sur un même emploi, un candidat fonctionnaire et un candidat non fonctionnaire remplissant les conditions définies à l'article Lp 11-1 de la délibération du 24 juillet 1990.

Il est en effet rappelé que le dispositif prévu dans le code du travail issu de la loi du pays n°2010-9 du 27 juillet 2010 a vocation à ne s'appliquer qu'aux contractuels et celui qui est prévu dans la loi du pays n°2016-17 du 19 décembre 2016 a vocation à s'appliquer aux personnes qui souhaitent intégrer la fonction publique par la voie du concours, d'un recrutement sur titre ou de l'intégration.

Contrairement à ce que soutient le Président de l'Assemblée de la province Nord, le candidat fonctionnaire ne pourra pas se retrouver en concurrence avec un candidat non fonctionnaire qui remplirait les conditions de l'article Lp 11-1 précité.

En effet, les dispositions contestées n'ont en aucun cas pour objet de supprimer le principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique doivent être prioritairement occupés par des fonctionnaires.

L'article Lp 11 de la délibération du 24 juillet 1990 dispose ainsi que « *les emplois permanents des employeurs publics sont occupés par des fonctionnaires* ».

Les dispositions de l'article Lp 11-1 ont été introduites par un amendement et un sous-amendement déposés et adoptés lors de la séance publique du congrès du 13 janvier 2021. Or, il résulte des déclarations de la conseillère, auteure de l'amendement et du sous-amendement, que ces derniers n'avaient pas pour effet de supprimer la priorité accordée aux fonctionnaires.

Elle a ainsi déclaré lors de la séance publique du 13 janvier 2021 qu'« *il s'agit (...) de la possibilité de déroger à l'obligation de recruter des fonctionnaires quand on n'a pas de candidat fonctionnaire et qu'on a quelqu'un qui est en CDD depuis trois ans. Donc cet amendement-là c'est le premier, c'est celui qui pose la règle générale qui est la priorité de recrutement des fonctionnaires pour pouvoir ensuite dans l'amendement à l'article suivant y déroger* ».

Un communiqué de presse a même été publié qui confirme que « *le recrutement de contractuels reste bien l'exception pour les collectivités publiques (...)* ».

Dans ces conditions, lorsqu'un poste vacant devra être pourvu, l'employeur sera tenu de recruter en priorité un fonctionnaire et ce n'est qu'en l'absence de fonctionnaire que le dispositif de l'article Lp 11-1 pourra s'appliquer.

Une personne qui n'a pas la qualité de fonctionnaire devrait ainsi avoir la possibilité de se porter candidate dès la publication de l'avis de vacance de poste. L'examen de cette candidature ne devrait en revanche être possible qu'à la condition que l'employeur public constate le caractère infructueux du recrutement d'un fonctionnaire sur le poste.

Dans ce cas et dans l'hypothèse du caractère infructueux du recrutement d'un fonctionnaire, ne seront donc en concurrence que les candidats n'ayant pas la qualité de fonctionnaire et conformément à l'article 29 de la loi du pays adoptée le 13 janvier 2021, le dispositif de protection de l'emploi local prévu dans le code du travail pourra trouver à s'appliquer.

Le risque d'inconstitutionnalité au motif que le recrutement de contractuels pourrait être effectué en méconnaissance des dispositions relatives à la protection de l'emploi local est ainsi écarté.

\*\*\*

Pour l'ensemble de ces raisons, le congrès de la Nouvelle-Calédonie est d'avis qu'aucun des griefs avancés par le Président de l'Assemblée de la province Nord n'est de nature à justifier la censure des dispositions de la loi du pays déferée.

Aussi, le Conseil constitutionnel devra rejeter ce recours.

**Nouméa, le 1<sup>er</sup> février 2021**

***Pour le Président du congrès et par  
délégation, le Directeur des affaires  
juridiques et du contentieux***



**Laurent TRAVERS**