

NOUVELLE-CALÉDONIE

ASSEMBLÉE DE LA
PROVINCE NORD

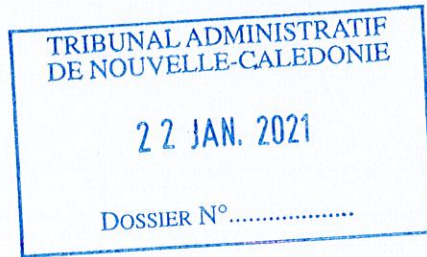
Présidence

BP 41 – 98 860 KONÉ

Tél : 47.71.40

Fax : 47.23.35

E-Mail : presidence@province-nord.nc



Nouméa, le 22 janvier 2021

Monsieur Laurent FABIUS
Président du Conseil constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 PARS

Monsieur le Président,

Conformément aux dispositions de l'article 104 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, j'ai l'honneur de déférer au Conseil constitutionnel la loi du pays *relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie* adoptée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie le 13 janvier 2021.

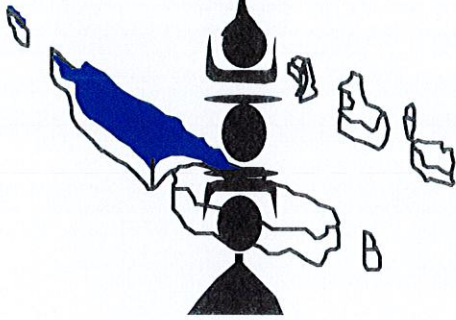
A cet effet, vous voudriez bien trouver, ci-joint, un mémoire exposant les moyens de droit et de fait qui fondent cette saisine.

Je vous prie de croire, **Monsieur le Président**, à l'assurance de ma haute considération.

Paul NEAOUTYINE

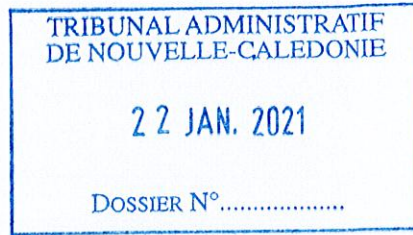
A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Paul Neaoutyine".

Président de l'Assemblée de la Province Nord



NOUVELLE-CALÉDONIE

ASSEMBLÉE DE LA
PROVINCE NORD



Présidence
BP 41 – 98 860 KONÉ
Tél : 47.71.40
Fax : 47.23.35
E-Mail : presidence@province-nord.nc

Nouméa, le 22 janvier 2021

Monsieur Christophe CIREFICE
Président du Tribunal administratif de Nouvelle-
Calédonie
85 avenue du Maréchal Foch
98851 Nouméa

Monsieur le Président,

Conformément aux dispositions de l'article 104 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, j'ai l'honneur de déposer au greffe du tribunal administratif une saisine du Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi du pays *relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie* adoptée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie le 13 janvier 2021.

A cet effet, vous voudriez bien trouver, ci-joint, une lettre de saisine à l'attention du Président du Conseil constitutionnel ainsi qu'un mémoire exposant les moyens de droit et de fait qui fondent cette saisine.

Je vous prie de croire, **Monsieur le Président**, à l'assurance de ma haute considération.

Paul NEAOUTYINE

Président de l'Assemblée de la Province Nord

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

DEFERE CONSTITUTIONNEL

Au titre de l'article 104 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

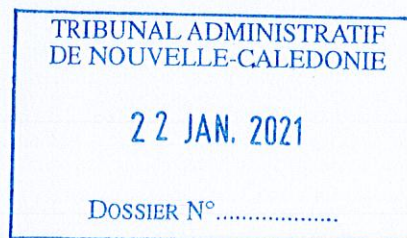
DE :

Paul NEAOUTYINE, président de l'assemblée de la province Nord

BP. 41, 98860 Koné – Nouvelle-Calédonie

CONTRE :

L'article 27 de la loi du pays *relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie* en ce qu'il institue les dispositions du II-a et du II-b de l'article Lp. 11-1 de la *délibération n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux*.



PLAISE AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Par le présent déféré, le président de l'assemblée de la province Nord sollicite du Conseil constitutionnel que soient déclarées contraire à la Constitution l'article 27 de la loi du pays *relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie* en ce qu'il institue les dispositions du II-a et du II-b de l'article Lp. 11-1 de la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 *portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux* (pièce jointe n° 1).

Un rappel des faits précèdera la discussion.

I – RAPPEL DES FAITS

En Nouvelle-Calédonie, la fonction publique est composée de deux catégories :

- la fonction publique de la collectivité de Nouvelle-Calédonie et de ses établissements publics instituée par l'arrêté modifiée n° 1065 du 22 août 1953 *portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux* ;
- et la fonction publique des communes et de ses établissements publics créée par délibération n° 486 du 10 août 1994 *portant création du statut général des fonctionnaires des communes de Nouvelle-Calédonie*.

Depuis plusieurs années, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a engagé un travail de réflexion visant à réformer en profondeur ces fonctions publiques. La loi du pays déferée constitue la première étape de cette réforme.

Son examen par le congrès de la Nouvelle-Calédonie a été très controversé. Le projet de loi du pays a tout d'abord été adoptée le 20 mars 2019 puis a fait l'objet d'une demande de nouvelle délibération formulée par certains élus du congrès en application de l'article 103 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*.

Cette demande ne pouvant être refusée, la loi du pays votée le 20 mars 2019 a donc été inscrite à l'ordre du jour de la séance publique du congrès du 13 janvier 2021 à l'issue de laquelle elle fut définitivement adoptée.

La mesure attendue de longue date a été insérée au titre I et consiste à fusionner la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et celle des communes en une seule et même fonction publique.

Une autre mesure très attendue vise à soumettre dorénavant les contractuels de la fonction publique à un régime unique de droit public.

La nécessité de soumettre les contractuels de la fonction publique à un régime unique de droit public

Aujourd'hui, les fonctions publiques territoriales et communales emploient au total près de 13 000 agents contractuels pour une durée déterminée ou indéterminée.

Comme l'indique l'exposé des motifs de la loi du pays déferé (PJ. n° 2), le régime juridique qui leur est applicable est variable et complexe. Certains d'entre eux sont régis par des textes particuliers, parfois succincts, soumis à un régime de droit public (cas des collaborateurs politiques). D'autres sont soumis à la convention collective des services publics, dont l'origine remonte à 1959, et/ou au code du travail de la Nouvelle-Calédonie.

La multiplicité des personnels travaillant dans le secteur public génère de nombreuses disparités et des problèmes de gestion quotidiens. A cela s'ajoutent des pratiques différentes entre les employeurs publics, des dispositions obsolètes et de nombreux vides juridiques.

Ainsi, en accord avec les partenaires sociaux, il a été décidé à travers cette loi d'instaurer une réglementation unique pour les agents contractuels qui seront dorénavant régis par le droit public et non plus le droit du travail, lequel n'est pas adapté aux spécificités du secteur public.

La loi du pays adoptée le 13 janvier dernier pose ainsi à son titre IV (articles 26 à 34) les fondements de ce nouveau régime unique dédié aux contractuels.

Le recours à des agents contractuels à durée indéterminée, une faculté limitée par loi du pays adoptée le 20 mars 2019

Dans sa version adoptée le 20 mars 2019 (PJ. n° 3), la loi du pays permet un recours limité au recrutement d'agents contractuels à durée indéterminée.

L'article 25 de loi du pays, qui réécrit l'article 11 de la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 *portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux*, pose le principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique sont occupés :

- soit par des fonctionnaires ;
- soit par des agents contractuels recrutés à durée indéterminée lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions exercées.

Hormis ce dernier cas, aucune autre disposition ne permet à un employeur public de recruter un agent par la voie d'un contrat à durée indéterminée.

L'article 26, qui insère un nouvel article Lp. 11-1 dans la délibération n° 81 précitée, fixe quant à lui les différents cas au titre desquels un employeur public peut pourvoir un emploi permanent par des agents contractuels à **durée déterminée**.

Le I de l'article Lp. 11-1 définit six cas devant être justifiés par la nature des fonctions ou les besoins du service :

- 1° lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées ;
- 2° pour assurer le remplacement momentané de titulaires indisponibles ;
- 3° pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu ;
- 4° lorsque la quotité de temps de travail sur ces emplois est inférieure à 100 % ;
- 5° 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 ;
- 6° pour occuper l'emploi de délégué pour la Nouvelle-Calédonie.

Le II du même article prévoit trois cas supplémentaires qui, de par leur nature, font appel à des contrats à durée déterminée :

- 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.

Le III du même article habilite le congrès à définir par délibération, selon les cas, la durée d'engagement de ces agents contractuels.

Le recours à des agents contractuels à durée indéterminée, une faculté étendue par la loi du pays adoptée le 13 janvier 2021

Dans sa version adoptée le 13 janvier 2021, la loi du pays a considérablement étendu la possibilité pour les employeurs publics de pourvoir des emplois permanents par des agents contractuels à durée indéterminée.

Cette extension a été permise par la voie de deux amendements et un sous-amendement déposés directement en séance publique du 13 janvier 2021 (P.J. n° 4).

Ainsi, l'article 26 de la loi du pays, lequel est dorénavant chargé de réécrire l'article 11 de la délibération n° 81 précitée, consacre le principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique sont occupés avant tout par des fonctionnaires.

L'article 27, qui insère un article Lp. 11-1 à la délibération n° 81 précitée, vient ensuite instaurer plusieurs dérogations à ce principe.

Le I de l'article Lp. 11-1 précité énumère sept cas pour lesquels il est possible de pourvoir un emploi permanent par un agent contractuel à durée déterminée lorsque la nature des fonctions et les besoins du service le justifient :

- 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.

Le II-a du même article précise, en premier lieu, qu'un employeur public peut toutefois procéder à un recrutement à durée indéterminée pour les trois premiers cas énoncés ci-dessus au paragraphe I.

Il est également permis aux employeurs publics de recruter par voie de contrat à durée indéterminée des agents non-titulaires justifiant de conditions liées à la durée de service et à la manière de servir.

Enfin, le II-b du même article, étend largement la possibilité de recourir au contrat à durée indéterminée puisque ces dispositions permettent aux employeurs publics de recruter **directement en CDI toute personne remplissant les deux conditions cumulatives suivantes :**

- Elles doivent détenir un contrat ou un engagement à durée indéterminée auprès de son précédent employeur privé ou public ;
- Dans un domaine d'activité en rapport avec celui du poste ouvert à la vacance d'emploi.

Les dispositions du II-a et du II-b précités font l'objet du présent déféré déposé au titre de l'article 104 de la loi organique statutaire.

II- DISCUSSION

A - Sur la recevabilité du déféré constitutionnel

La loi du pays déferée a fait l'objet d'une nouvelle délibération le 13 janvier 2021 suite à la demande formulée le 2 avril 2019 en application des dispositions de l'article 103 de la loi organique statutaire (PJ. n° 5).

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le président de l'assemblée de la province Nord le 22 janvier 2021.

Par conséquent, le présent déféré remplit l'ensemble des conditions de recevabilité définies à l'article 104 de la loi organique statutaire.

B – Sur la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi

Les dispositions du II-b de l'article Lp. 11-1 de la délibération n° 81 précitée, créée par l'article 27 de la loi du pays déferée, portent atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " *La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ".

Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité **pour des raisons d'intérêt général**, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, cons. 19).

En l'espèce, aucun motif d'intérêt général ne peut être invoqué à l'appui des dispositions du II-b de l'article Lp. 11-1 précité.

Pour rappel, ces dispositions ont été introduites par un sous-amendement déposé en séance publique même le 13 janvier 2021. L'exposé des motifs de ce sous-amendement justifie cette dérogation de manière succincte par le « *souci d'efficacité du service public* » et la lutte contre la « *précarité liée à la conclusion de CDD éventuels renouvelés en l'absence de candidats fonctionnaires* » sans pour autant que cela soit étayé par des éléments probants de manière à caractériser l'existence de ces problématiques.

Cependant, les débats en séance publique du congrès de la Nouvelle-Calédonie du 13 janvier 2021 révèlent que ces dispositions dérogoires et inégalitaires ont été introduites pour traiter un cas particulier.

La conseillère Sonia Backes, co-auteur du sous-amendement et présidente de l'Assemblée de la province Sud, a ainsi déclaré lors de la séance publique que :

« Le sous amendement qui est présenté là, prévoit la possibilité de recruter en CDI. Donc là c'est quelque chose qui n'existe pas actuellement, qui serait donc une mesure nouvelle, de recruter en CDI des gens qui sont déjà actuellement en CDI.

Il s'agit donc là de répondre à une problématique particulière qu'on connaît notamment dans le cadre de la dissolution de la MIJ (Mission d'insertion des jeunes), puisqu'aujourd'hui nous avons des gens à la MIJ qui sont en CDI et qui vont être repris pour certains par la collectivité. Et donc pour lesquels la collectivité s'il y avait pas de modification serait obligée de les reprendre en CDD et non pas en CDI.

Donc il s'agit là d'un amendement différent de ce qu'on a évoqué depuis le départ et d'un dispositif exceptionnel¹».

Il s'agit finalement, au travers de ces dispositions, de permettre le recrutement à durée indéterminée dans les services de la province Sud des anciens salariés de l'association Mission d'insertion des jeunes (MIJ), laquelle a récemment été dissoute par son Assemblée générale le 5 janvier 2021². L'objectif poursuivi par cet amendement à la loi est de recruter uniquement les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée sur les quarante-sept agents que comptait au total la MIJ.

Alors que les conditions pour recruter des agents contractuels à durée déterminée ou indéterminée dans des emplois permanents fixées au I et II-a de l'article Lp. 11-1 précité sont strictes quant aux qualifications des emplois à pourvoir, aux circonstances qui ne permettent pas le recrutement de fonctionnaires, ou à la durée des services accomplis et à la manière de servir, cette exception aux exceptions n'est soumise qu'à des conditions légères et vagues : détenir un contrat ou un engagement à l'égard d'un employeur public ou privé dans un domaine d'activité en rapport avec celui du poste ouvert à la vacance d'emploi.

Aucune durée d'emploi minimum auprès de cet employeur public n'est exigée, pas plus que l'attestation d'une manière de servir dans l'emploi précédent.

Aucune condition n'est posée sur les emplois, sur les qualifications ou sur les secteurs pouvant être admis au bénéfice de cette dérogation.

De ce fait, ces recrutements en CDI seront purement discrétionnaires, à la seule condition d'un engagement à durée indéterminée dans l'emploi précédent.

¹ Déclaration accessible sur le lien suivant (à 3heure, 35 minutes, 00 sec.) :

https://www.youtube.com/watch?v=ndQFj6pRE_4&list=PL89rBNjWndwU76aufT0R-5nwP2ZK2zOJt

² <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/province-sud/la-mij-c-est-terme-908592.html>

La disparité existante à la suite de l'adoption de cet amendement avec les conditions des situations dérogatoires fixées au I et II-a du même article est flagrante et aucun motif d'intérêt général ne la justifie.

A titre comparable, si la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* a effectivement prévu que la portabilité du CDI soit étendue aux trois fonctions publiques, pour des fonctions de même catégorie hiérarchique, afin de favoriser la mobilité, les perspectives professionnelles et la sécurisation des parcours des agents contractuels, ce dispositif n'a été prévu que pour le secteur public. En outre, une condition est posée par la réglementation nationale : la fonction exercée doit être de même catégorie hiérarchique. Enfin, en ce qui concerne la fonction publique territoriale métropolitaine, comparable à la fonction publique territoriale calédonienne, des conditions strictes sont posées pour que l'agent bénéficie de la portabilité du CDI au sein de la même collectivité

- Absence de cadre d'emploi correspondant aux fonctions recherchées
- Absence de candidature de fonctionnaire correspondant à la nature des fonctions ou au besoin du service
- Tout emploi d'une commune de moins de 2.000 habitants
- Tout emploi à temps non complet, d'une durée de travail à 17 H 30 hebdomadaire

Par ailleurs, la portabilité du CDI est une simple possibilité et non une obligation pour les administrations.

En ce qui concerne le II-b de l'article Lp. 11-1 précité, aucune condition liée à l'exercice de fonctions de même catégorie hiérarchique n'a été exigée par le texte pour bénéficier de la portabilité du CDI. Dans le même ordre d'idée, aucune condition liée à la taille de la collectivité, à l'absence de candidature de fonctionnaire ou de cadre d'emploi n'a été non plus instaurée.

Enfin, la portabilité du CDI dans le cadre des dispositions de ce II-b a été étendue au secteur privé sans qu'aucune justification ne soit apportée à cette dérogation.

Les recrutements directement en CDI prévus dans la loi n° 2019-828 susmentionnée ne sont autorisés que sur des emplois ou des fonctions précisément déterminés qui fondent la dérogation au principe du recrutement prioritaire de fonctionnaires ou à celui du recrutement d'un non fonctionnaire en contrat à durée déterminée :

- Fonctions pour lesquelles il n'existe pas de corps de fonctionnaires correspondants
- Fonctions nécessitant des compétences techniques spécialisées ou nouvelles
- Emplois pour lesquelles l'administration ne dispose pas de candidatures de fonctionnaires présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle adaptée aux missions à accomplir
- Emplois de certains établissements publics de l'Etat, limitativement énumérés par décret

- Emplois ne nécessitant pas une formation statutaire donnant lieu à une titularisation dans un corps de fonctionnaire
- Emplois à temps incomplet d'une durée de travail inférieure ou égale à 24 heures 30 hebdomadaire

Or les dispositions de l'alinéa II-b n'encadrent à aucun niveau la portabilité du CDI, exception faite de la référence vague à "un domaine d'activité en rapport avec celui du poste ouvert à la vacance d'emploi".

En conséquence, les dispositions du II-b de l'article Lp. 11-1 précité apparaissent manifestement contraires au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

C - Sur la méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics

Le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics (décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983) découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que 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* ".

En vertu de la jurisprudence constitutionnelle, le principe d'égal accès aux emplois publics n'imposent pas que les agents soient recrutés obligatoirement par la voie des concours (Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984).

En revanche le Conseil constitutionnel est intransigeant sur le fait que le recrutement aux emplois publics impose qu'il ne soit tenu compte que des capacités, des vertus et des talents (décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009).

En ce sens, le juge constitutionnel a considéré qu'un employeur public ne peut recruter sur des emplois permanents pour une durée indéterminée des personnes dépourvus de qualifications :

« si les contrats de travail associés à un emploi d'avenir étaient conclus par des personnes publiques pour une durée indéterminée, ces emplois d'avenir constitueraient, au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, des emplois publics qui ne peuvent être pourvus qu'en tenant compte de la capacité, des vertus et des talents ; qu'il n'en va pas de même en cas de contrat de travail à durée déterminée exécutés dans le cadre du dispositif social destiné à faciliter l'insertion professionnelle des bénéficiaires prévu par l'article L. 5134-114 du code du travail et par l'article L. 322-49 du code du travail applicable à Mayotte ; qu'en conséquence, le recrutement à un emploi d'avenir étant réservé à des personnes jeunes dépourvues de qualification, les personnes publiques ne sauraient recourir aux emplois d'avenir que dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée » (décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012).

En premier lieu, force est donc de constater que pour procéder au recrutement d'agents contractuels à durée indéterminée, les dispositions du II-b de l'article Lp. 11-1 de la délibération n° 81 précitée, créée par l'article 27 de la loi du pays déferée, ne prévoient aucune condition tendant à tenir compte de la capacité, des vertus ou des talents comme l'exige la jurisprudence constitutionnelle.

La condition posée pour être admis au bénéfice d'un CDI ne tient pas aux qualifications, aux diplômes, à l'expérience ou aux fonctions exercées. Elle tient uniquement au caractère à durée indéterminée du précédent contrat. Certes, le principe d'égal accès aux emplois publics ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciés pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celles des besoins du service public (décision n° 85-204 DC du 16 janvier 1986). Encore faut-il qu'un recrutement différencié ait une justification objective et soit encadré surtout pour les contractuels, ce que les dispositions de la loi du pays déferée ne prévoient en aucune manière.

La possibilité d'intégrer des personnes ayant eu un « *engagement* » auprès d'un employeur privé rendra cette appréciation des talents difficile. La notion de « *domaine d'activité en rapport* » avec celui du poste ouvert à la vacance d'emploi est tellement générale qu'elle ne sera pas non plus de nature à permettre la vérification de la capacité à exercer l'emploi qui serait ainsi pourvu.

En second lieu, les dispositions du II-a et du II-b de l'article Lp. 11-1 précité ne comportent aucune « *règles de nature à garantir l'égal accès des candidats à ces emplois et de préciser les modalités selon lesquelles les aptitudes des candidats seront examinées* » comme l'impose le principe constitutionnel invoqué (décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009).

La loi du pays déferée ne renvoie à aucune délibération du congrès ou aucun arrêté du gouvernement le soin de définir de manière explicite de telles règles, à l'instar de l'habilitation prévue à l'article 16 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique au terme de laquelle « un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent 1° bis, notamment la liste des emplois concernés, les modalités de sélection permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics ainsi que les conditions d'emploi et de rémunération des personnes recrutées en application du présent 1° bis ».

De la même manière, le projet de délibération pris en application du titre IV de la loi du pays déferée qui a été examiné en commission du congrès le 6 janvier 2021 et qui devrait être à l'ordre du jour d'une prochaine séance publique du congrès dès lors que la loi du pays déferée aura été promulguée, ne comporte aucune règle de nature à garantir l'égal accès aux emplois publics semblables à celles édictées par le décret n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 relatif à la procédure de recrutement pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique ouverts aux agents contractuels (P.J. n° 6).

En conséquence, les dispositions du II-a et du II-b de l'article Lp. 11-1 précité apparaissent manifestement contraire au principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics.

D - Sur l'incompétence négative du législateur calédonien

Le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution, en particulier son article 34, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles ou des personnes privées le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, cons. 23).

La collectivité de Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes conformément au 14° de l'article 22 de la loi organique statutaire. En application de l'article 83 de cette même loi, le congrès possède une compétence de principe en la matière.

Ses délibérations portant sur les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes sont dénommées loi du pays et ont force de loi (articles 99 et 107 de la loi organique statutaire).

Au titre de l'article 126 de la loi organique statutaire, le congrès peut aussi décider d'habiliter le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à prendre les arrêtés réglementaires ou non réglementaires d'application de ces textes. Les dispositions de cet article 126 doivent être interprétées de façon stricte de sorte à considérer, d'une part, qu'en l'absence d'habilitation le gouvernement ne peut en aucun cas prendre des arrêtés d'application des textes du congrès et, d'autre part, que l'action du gouvernement est strictement limitée au champ d'intervention fixé par l'habilitation

Or, il ne fait pas de doute qu'en l'espèce les dispositions du II-b de l'article Lp. 11-1 reportent implicitement à une délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie et aux autorités administratives le soin de préciser ce qu'est un « *engagement* » quand il n'est pas un « *contrat* », ce qu'est un « *domaine d'activité en rapport* », toutes notions dépourvues par elles-mêmes de toute valeur normative.

Pourtant, le domaine de la loi du pays tel que définies par les dispositions de l'article 99 de la loi organique statutaire exige du législateur calédonien de définir ces notions de manière claire et précise.

E - Sur la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

Les dispositions contestées enfreignent également « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, [et] impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet 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* » (décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, cons. 7).

Comme il a été dit précédemment, les dispositions du II-b de l'article Lp. 11-1 précité sont insuffisamment précises et particulièrement équivoques s'agissant des droits des agents de la fonction publique. Ils méconnaissent, en conséquence, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

F - Sur l'atteinte au principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi

Le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi est un principe qui trouve son fondement constitutionnel dans l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999).

Afin d'assurer l'intégration du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi dans le droit positif, l'article 77 de la Constitution, qui a été rétabli par la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, adoptée pour entériner l'Accord de Nouméa, a habilité le législateur organique à déterminer, pour la Nouvelle-Calédonie, « *les règles relatives... à l'emploi* ».

C'est ce principe que décline l'article 24 de la loi organique statutaire, en disposant que :

« *Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.*

De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence.

La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays ».

Ainsi, dans sa décision n° 99-410 DC précitée, le Conseil constitutionnel a admis que la loi organique statutaire renvoie à des lois du pays le soin de mettre en œuvre le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi.

En outre, le Conseil constitutionnel a également jugé que la mise en œuvre de ce principe pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et la fonction publique communale est une exigence qui incombe au législateur calédonien et non une faculté (Décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014).

Dans cette même décision n° 2014-4 LP, le juge constitutionnel a retenu une interprétation extensive de la notion d' « accès à l'emploi » en l'appliquant aux mécanismes d'intégration dans la fonction publique des agents contractuels occupant déjà un emploi permanent au sein de la fonction publique.

A ce jour, le législateur calédonien est intervenu à travers deux lois du pays pour mettre en œuvre le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en matière d'emploi salarié et de fonction publique :

- La loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 *relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local*³;
- La loi du pays n° 2016-17 du 19 décembre 2016 *relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local pour l'accès aux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie*⁴.

En l'espèce, le II de l'article 29 de la loi du pays déferée soumet le recrutement d'agents contractuels aux règles de l'emploi local applicables aux salariés du secteur privé. Il s'agit des dispositions prévues par loi du pays n° 2010-9 susmentionnée et codifiées aux articles Lp. 450 à Lp. 452-4 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie.

Ce régime octroie, à qualification et compétence égales, une priorité d'accès à l'emploi aux citoyens de la Nouvelle-Calédonie au sens de l'article 4 de la loi organique statutaire (article Lp. 451 du code du travail).

Si l'employeur n'a reçu aucune candidature d'un citoyen calédonien répondant aux conditions de qualification et de compétence énoncées dans l'offre d'emploi, il peut être procédé au recrutement d'une personne justifiant d'une durée de résidence allant de dix ans à trois ans selon les difficultés de recrutement local pour l'activité professionnelle concernée au sens de l'article Lp. 451-4 du code du travail (article Lp. 451-2 du code du travail).

³ [https://juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/\(web-All\)/8719571E0A2AB06D4B25778400288E50/\\$File/Loi-du-pays-2010-9-du-27-07-2010-ChG.pdf?OpenElement#search=%22loi%20du%20pays%20emploi%20local%22](https://juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/(web-All)/8719571E0A2AB06D4B25778400288E50/$File/Loi-du-pays-2010-9-du-27-07-2010-ChG.pdf?OpenElement#search=%22loi%20du%20pays%20emploi%20local%22)

⁴ [https://juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/\(web-All\)/8D81B2B138A2A7B74B2580950014B38A/\\$File/Loi-du-pays-2016-17-du-19-12-2016-ChG.pdf?OpenElement#search=%22loi%20du%20pays%20emploi%20local%22](https://juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/(web-All)/8D81B2B138A2A7B74B2580950014B38A/$File/Loi-du-pays-2016-17-du-19-12-2016-ChG.pdf?OpenElement#search=%22loi%20du%20pays%20emploi%20local%22)

Si aucune candidature n'émane d'une personne justifiant d'une durée de résidence suffisante, alors le recrutement peut s'opérer sans aucune condition de résidence (article Lp. 451-2 du code du travail).

En premier lieu, les dispositions du II-a et II-b de l'article Lp. 11-1 de la délibération n° 81 précitée ouvrent aux employeurs publics un champ de possibilité élargi pour recruter en contrat à durée indéterminée sur un emploi permanent de la fonction publique.

Ces modalités de recrutement permettent ainsi aux personnes non fonctionnaires d'accéder, sous réserve de remplir les conditions fixées au II-a et II-b de l'article Lp. 11-1 précité, aux emplois permanents de la fonction publique de manière durable et stable.

En deuxième lieu, en soumettant le recrutement d'agents contractuels à durée indéterminée aux dispositions du code du travail relatives à l'emploi local salarié, l'article 29 de la loi du pays déferée ne permet pas de favoriser suffisamment l'accès à l'emploi dans la fonction publique au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence.

Si le régime édicté par le code du travail peut s'appliquer de manière effective dans le cas où l'ensemble des candidats à une offre d'emploi permanent de la fonction publique sont non-fonctionnaires. Tel n'est pas le cas lorsqu'est en concurrence, à compétence et qualification égales, un candidat fonctionnaire et un candidat non-fonctionnaire remplissant les conditions définies aux II-a et II-b de l'article 27 de la loi du pays déferée pour être recruté par voie de contrat à durée indéterminée.

En effet, dans l'hypothèse où, contrairement au candidat non-fonctionnaire, le candidat fonctionnaire serait citoyen calédonien ou justifierait d'une durée suffisante de résidence, il ne pourra pas invoquer le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi dans la mesure où le régime édicté par le code du travail ne lui ait pas applicable.

Il ne pourra pas non plus invoquer la loi du pays n° 2016-17 susmentionnée puisque, s'agissant de la fonction publique, le filtre de l'emploi local est uniquement mis en œuvre pour l'accès aux concours administratifs, lors du recrutement sur titre et lors du recrutement par voie d'intégration (titres II, III et IV de la loi du pays n° 2016-17 susmentionnée).

Ainsi, lorsque le lauréat de concours candidate pour la première fois sur un emploi permanent à pourvoir ou lorsqu'un fonctionnaire en poste candidate à un nouvel emploi permanent, aucune règle permettant de garantir le principe de priorité locale pour l'accès à l'emploi ne s'applique à leur égard.

Dans notre exemple, cette carence juridique permettra donc à l'employeur public de recruter à durée indéterminée le candidat non-fonctionnaire sans qu'aucune norme ne

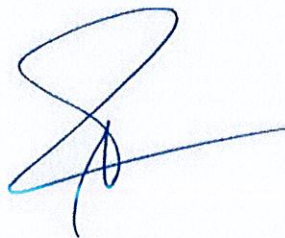
puisse lui imposer de retenir le candidat fonctionnaire justifiant pourtant de la citoyenneté calédonienne ou d'une durée suffisante de résidence.

En conséquence, les dispositions des II-a et II-b de l'article Lp. 11-1 précité apparaissent manifestement contraire au principe constitutionnel de priorité locale pour l'accès à l'emploi.

PAR CES MOTIFS

et tous autres à déduire ou suppléer même d'office, le président de l'assemblée de la province Nord conclu à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel de déclarer contraire à la Constitution l'article 27 de la loi du pays *relative à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie* en ce qu'il institue les dispositions du II-a et du II-b de l'article Lp. 11-1 de la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 *portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux*.

Paul NEAOUTYINE



**Président de l'assemblée
de la province Nord**