

NOUVELLE-CALÉDONIE

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL

Nouméa, le 12 juillet 2005

Avis n° 05/2005

**concernant l'avant-projet de loi du pays portant modification
de l'ordonnance modifiée n°85-1181
du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du
droit du travail et à l'organisation et
au fonctionnement de l'inspection du travail
en Nouvelle-Calédonie**



Le Conseil Economique et Social de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n° 03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du Conseil Economique et Social de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n° O2-CES/2005 du 19 mai 2005 portant Règlement Intérieur du Conseil Economique et Social,

Vu la saisine selon la procédure d'urgence, en date 27 juin 2005 de la Présidente du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, concernant un projet de loi du pays portant modification de l'ordonnance modifiée n°85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et de l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie.

Vu l'avis du Bureau en date du **07 juillet 2005**,

a adopté lors de la Séance Plénière en date du **12 juillet 2005**, les dispositions dont la teneur suit :

Conformément à l'article 22 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, cette dernière est compétente en matière du droit du travail.

I – OBJET DE LA SAISINE

En doctrine comme en jurisprudence, il est habituel de désigner les membres de la fonction publique comme « étant des agents publics ». Cette expression simple s'applique à des personnes que l'on pourrait, plus explicitement qualifier d'« agent de droit public », ainsi que le rappelle la jurisprudence, ou encore, selon la formule usuelle de cette dernière, comme des agents unis à la personne publique employeur par « un lien de droit public ».

Ces personnels se distinguent de ceux qui se trouvent dans la situation de salariés de droit privé liés à l'administration par un contrat de travail. Or, en Nouvelle-Calédonie, l'application stricto sensu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 confère aux contractuels de la fonction publique territoriale un statut de droit privé. Ainsi, l'ordonnance de 1985 introduit une nouvelle catégorie d'agents en excluant de son champ d'application « **les personnes relevant d'un statut de droit public** ».

Tel est l'objet du présent projet de loi du pays soumis à l'avis du Conseil Economique et Social de la Nouvelle-Calédonie.

II – OBSERVATIONS

A l'examen de l'exposé des motifs, **le Conseil Economique et Social** remarque que seuls les agents non fonctionnaires et qualifiés de collaborateurs politiques ainsi que les agents d'encadrement, dont la liste est jointe au présent projet de texte, obtiendront un statut de droit public.

Toutefois, **le Conseil Economique et Social observe** que malgré l'existence de deux délibérations du congrès de la Nouvelle-Calédonie fixant un statut de droit public des collaborateurs politiques, les tribunaux refusent de reconnaître ce dernier comme leur conférant la qualité d'agent public, en référence à l'ordonnance de 1985 et qu'il y a donc lieu de modifier. Ainsi, le conflit de compétences entre les juridictions administratives et judiciaires apparaît largement consommé.

En conséquence, **le Conseil Economique et Social note** que la jurisprudence actuelle, favorable au droit privé, se trouverait alors caduque en ce qui concerne les personnels en cause.

En outre, **le Conseil Economique et Social demande** que soit précisé la notion de collaborateur politique afin d'éviter d'éventuels litiges relatifs à cette qualification.

Dans ce contexte, **le Conseil Economique et Social note** les inquiétudes des syndicats quant à l'application in extenso de cette loi du pays, visant à privilégier certaines catégories de personnels, créant de ce fait des disparités entre l'ensemble des personnels de la fonction publique territoriale, tout en laissant les juridictions face à face lors de litiges pour l'ensemble des contractuels non concernés par le projet présenté par le gouvernement.

A ce titre, **le Conseil Economique et Social est d'avis** que soit adoptée une réglementation en conformité, et ce de façon définitive, avec la jurisprudence BERKANI qui pose le principe que « **les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quelque soit leur emploi** ».

Concernant l'éventuelle portée rétroactive de ce projet de loi du pays, **le Conseil Economique et Social rappelle** que le Conseil Constitutionnel n'admet l'application de ce principe que dans le cas précis d'un réel motif d'intérêt général. Or, en l'espèce, le motif allégué qui serait d'éviter des condamnations des collectivités par le juge judiciaire paraît insuffisant voir disproportionné.

III – PROPOSITIONS

Suite aux diverses remarques précédemment émises et à l'audition des différents intervenants, et si le projet de texte présenté par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie devait rester en l'état, **le Conseil Economique et Social estime** souhaitable que les postes d'adjoints ainsi que de directeurs provinciaux soient également ajoutés à la liste proposée afin de compléter l'alinéa 5 de l'article 1^{er} modifié, comme suit :

- secrétaire général, **secrétaire général adjoint, directeur général des services, directeur général adjoint des services**, directeur, **directeur adjoint**, chef de service de la Nouvelle-Calédonie, directeur d'office, directeur d'établissement public de la Nouvelle-Calédonie ;
- secrétaire général, **secrétaire général adjoint, directeur, directeur adjoint** et chef de service de la province ;
- secrétaire général, secrétaire général adjoint de mairie, directeur général des services techniques et directeur des services techniques dans les communes. ».

En définitif, **le Conseil Economique et Social propose, comme précédemment exposé, la création de statuts de droit public relatif à l'ensemble des contractuels des fonctions publiques en Nouvelle-Calédonie.**

IV –CONCLUSION

En conclusion, **le Conseil Economique et Social émet** un avis favorable au présent projet de texte sous réserve des observations et propositions formulées antérieurement.

Parallèlement, **le Conseil Economique et Social émet le vœu** d'étendre la compétence de la juridiction administrative à l'ensemble des contractuels recrutés par des personnes publiques en Nouvelle-Calédonie.

LE SECRETAIRE

LE PRESIDENT

Paulo SAUME

Robert LAMARQUE