



AVIS

N°31/2020

La commission de l'enseignement, de l'éducation du travail et de la formation

Saisine concernant la proposition de loi du pays portant diverses dispositions en matière de fonction publique

Présenté par :

Le président :

M. Jean-Louis LAVAL

Le rapporteur :

M. Alain GRABIAS

Dossier suivi par :

Mmes Laetitia FRANCOIS, cheffe du BdE et Laetitia MORVILLE, secrétaire.

Adopté en commission, le 14/12/2020,
Adopté en bureau, le 16/12/2020,
Adopté en séance plénière, le 18/12/2020.

Conformément aux textes régissant le conseil économique social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie, ce dernier a été saisi par lettre en date du 17 novembre 2020 par le président du congrès de la Nouvelle-Calédonie d'une proposition de loi du pays portant diverses dispositions en matière de fonction publique selon la procédure normale.

La commission de l'enseignement, de l'éducation, du travail et de la formation, en charge du dossier, a auditionné les représentants du congrès et du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, les services ainsi que les acteurs concernés par ce sujet (cf. annexe).

L'ensemble des contributions a apporté un précieux concours aux travaux de la commission dont les conclusions vous sont présentées dans l'avis ci-après.

Avis n° 31/2020

Conformément aux articles 22-2 et 22-23 de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est respectivement compétente en matière « de droit du travail et droit syndical » et d'« organisation des services ainsi que des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie ».

C'est dans ce contexte juridique que s'inscrit l'examen de la proposition de loi du pays portant diverses dispositions en matière de fonction publique.

I – PRÉSENTATION DE LA SAISINE

Depuis plus d'une dizaine d'année la question du statut des contractuels dans l'administration fait débat. Un certain nombre de dispositions réglementaires nouvelles¹ doivent ajuster ces situations qui sont le plus souvent précaires, de ces personnels œuvrant pour la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie.

Toutefois, force est de constater qu'à ce jour, ces dispositions législatives et réglementaires tardent à se mettre en place, ne favorisant nullement les agents contractuels.

A ce titre, la proposition de loi du pays soumise à l'étude de l'institution tenterait d'y répondre en favorisant « la pérennisation des agents contractuels en CDD sous un statut de droit public en mettant en place d'une part une « CDIisation » sous conditions cumulatives », à savoir :

¹ **Avis n°03/2019** concernant l'avant-projet de loi du pays relatif aux agents non titulaires de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie, **(saisine en urgence, texte toujours pas adopté)**,
Avis n°16/2012 concernant l'avant-projet de loi du pays relatif aux agents non titulaires des fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie **(saisine en urgence/ texte non adopté et retoqué par le CE)**,
Vœu n°01/2012 du 10/02/2012 relatif au statut des agents non titulaires de la Nouvelle-Calédonie.
Décision n°2011-205 QPC du 9 décembre 2011, affaire M.Patelise F. [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé]

- 3 ans de service 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.

Et d'autre part, rendre effectif la possibilité de recruter directement en CDI dans le secteur public.

Tel est l'objet de la présente saisine soumise à l'avis du conseil économique, social et environnemental selon la **procédure normale** ;

II – OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS DE LA COMMISSION

1- Définitions et remarques liminaires

Cette proposition de texte a suscité entre les personnes auditionnées par la commission et les membres, des interrogations. En opportunité, chacun a évoqué la situation actuelle de la MIJ Sud et celle de son personnel. En l'occurrence, ce texte ne viendrait-il pas pallier un contexte particulier et singulier, alors même que le droit du travail doit s'appliquer ?

De plus, les commissaires soulignent la sensibilité de cette problématique entre fonction publique et contractuels : par définition les 2 sont incompatibles.

a) Définitions

Le terme de statut peut se définir comme l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires fixant les garanties fondamentales (droits et obligations) accordées à un groupe, à une collectivité publique, ou à un corps de fonctionnaires ou d'agents publics (statut général de la fonction publique, statut des magistrats).

Le statut général est essentiellement distingué des statuts particuliers qui peuvent contenir des dispositions dérogatoires à celui-là.

Le fonctionnaire est une personne nommée dans un emploi permanent à temps complet et titularisée dans un grade de la hiérarchie des administrations publiques.

Cependant, dans la fonction publique, il n'existe pas que des agents fonctionnaires. En effet, les administrations publiques ont recours à des agents non titulaires.

S'agissant de ces derniers une distinction doit être opérée :

- Les agents non titulaires de droit public sont des agents non fonctionnaires, puisqu'ils sont recrutés directement par contrat de droit public sur des postes non permanents. Ils n'empruntent donc pas la voie normale du concours et leur recrutement n'entraîne pas leur titularisation, sauf disposition expresse. Le système de la carrière, qui est applicable aux fonctionnaires, ne s'étend pas à ces personnels.

Les agents publics font partie de la catégorie des agents non titulaires de droit public. Le terme d'agent public est un terme générique désignant tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif.

- Les agents non titulaires de droit privé sont des agents non fonctionnaires, recrutés directement par contrat de droit privé sur des postes non permanents. Ces derniers sont des salariés de droit privé relevant du code du travail. Ils sont expressément qualifiés de « salariés de droit privé » par la loi alors même qu'ils travaillent pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics (par exemple les apprentis, les contrats d'avenir, les emplois jeune, etc.). Ainsi, ce personnel est composé de quatre catégories : les vacataires, les stagiaires, les auxiliaires et les agents contractuels.

La catégorie d'agents contractuels est constituée de toutes les personnes qui sont recrutées sur le fondement d'un contrat, théoriquement de façon provisoire, et n'ayant donc pas la qualité de fonctionnaire. Le terme de « contractuel » s'utilise uniquement pour les emplois qui auraient vocation à être occupés par un fonctionnaire.

b) Les remarques liminaires

Les normes applicables en matière de fonction publique en Nouvelle-Calédonie sont différentes de celles de la métropole. En effet, depuis la création d'un cadre territorial en Nouvelle-Calédonie, celle-ci peut adopter des dispositions législatives et/ou réglementaires en la matière. Cependant, il est à noter que concernant les agents relevant de la fonction publique Etat, les règles qui leur sont applicables sont identiques à la métropole.

Ainsi, la commission rappelle que conformément à la conception² de la fonction publique les emplois doivent être pourvus par des fonctionnaires sauf dispositions législatives contraires.

En outre, concernant le recrutement d'un contractuel en CDD devrait se faire sur la base du droit privé en débouchant sur un CDI qui est la règle, et le CDD devrait rester encadré.

² Cadre général de l'administration : art 11 de la délibération n°81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligation des fonctionnaires territoriaux.

De fait, cette proposition de texte tente à combler une situation qui à l'origine est très instable juridiquement.

Néanmoins, la commission soulève les points suivants :

- Sur le fonctionnariat : Si la fonction publique doit-être composée que de fonctionnaires, sans préjudice des dispositions dérogatoires, de quelle manière sera-t-il possible de respecter ce principe ?
- Sur le recrutement par voie de concours : ce dernier serait-il remis en cause compte-tenu de la facilité qui existe à recruter sous contrat ?
- Sur le principe d'égal accès aux emplois dans la fonction publique : faut-il étudier une équité de traitement entre les fonctionnaires et les contractuels ?
- Sur la « CDIisation » : cette possibilité ne va-t-elle pas à l'encontre du dispositif d'intégration actuellement mis en place ?
- Sur la CLR : si le nombre de contractuels (CDI/CDD) supplante le nombre de fonctionnaires ou devient tout aussi important, un manque significatif des cotisations à la caisse locale des retraites est inévitable. Eu égard aux grandes difficultés financières que la CLR traverse, est-il acceptable de se passer de nouvelles ressources ?

2- Sur la rédaction de l'article 1^{er}

L'ensemble des partenaires sociaux interrogés rejoint les membres de la commissions sur les éléments développés infra et insistent par ailleurs sur le défaut d'étude d'impact d'une telle mesure.

En outre, ils s'interrogent sur la rédaction en page 2 de l'exposé des motifs sur « *ainsi, il vous est proposé de prévoir que les agents non-titulaires seront soumis à un statut de droit public et pourront bénéficier....* », considérant qu'il s'agit une maladresse rédactionnelle, les commissaires invitent les rédacteurs à adopter la modification suivante :

Recommandation n°1 : remplacer « statut de droit public » par « un statut de droit privé ».

Considérant l'article 11-1-II-b) modifié tel que : « *d'un contrat ou d'engagement à durée indéterminée auprès de leur précédent employeur public ou privé dans le domaine d'activité en rapport à celui du poste ouvert à la vacance de poste* », la commission note que cette disposition est d'une trop grande portée générale induisant potentiellement une faille importante dans le système de recrutement.

Recommandation n°2 : supprimer cette disposition telle que rédigée.

Considérant l'article 11-1-III modifié « *les employeurs publics peuvent aussi 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 ; »*

La commission considère que ce dernier modifierait et serait en compétition avec l'art Lp 123-2³ du code du travail.

Recommandation n°3 : revoir la rédaction du III.

III- CONCLUSION DE LA COMMISSION

La commission rappelle ses recommandations :

Recommandation n°1 : remplacer « statut de droit public » par « un statut de droit privé ».

Recommandation n°2 : supprimer cette disposition telle que rédigée.

Recommandation n°3 : revoir la rédaction du III.

Cette proposition de loi du pays ouvre le débat sur le sujet du recrutement dans la fonction publique, sujet complexe qui doit être discuté de manière concertée.

Eu égard aux observations et propositions formulées ci-dessus, la commission de l'enseignement, de l'éducation, du travail et de la formation émet un **avis défavorable** à la proposition de loi du pays portant diverses dispositions en matière de fonction publique.

LE RAPPORTEUR



Alain GRABIAS

LE PRESIDENT



Jean-Louis LAVAL

La commission a adopté le rapport et le projet d'avis, dans son ensemble, à l'unanimité des membres présents et représentés par **5 voix « POUR »**.

³ Cf annexe n°2 p 10.

IV –CONCLUSION DE L’AVIS N°31/2020

Suite aux observations de la commission et aux débats menés en séance plénière, le CESE-NC émet un **avis défavorable** à la proposition de loi du pays portant diverses dispositions en matière de fonction publique.

L’avis a été adopté à la majorité des membres présents et représentés par **0** voix « favorable », **15** voix « défavorable » et **11** « réservé ».

LA SECRETAIRE



Rozanna ROY

LE PRESIDENT



Daniel CORNAILLE

Annexe 1 : RAPPORT N°31/2020

Le conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération modifiée n°03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n°05-2016 du 28 avril 2016, portant règlement intérieur du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie,

DATES	LES INVITÉS AUDITIONNÉS
30/11/2020	- monsieur Laurent TRAVERS, directeur des affaires juridiques et du contentieux du congrès de la Nouvelle-Calédonie, - Monsieur Wilfried LOQUET, collaborateur de monsieur MULIAVA, membre du gouvernement
02/12/2020	- Madame Marie-Ange MORVAN, directrice des ressources humaines de la province Sud, - monsieur Christophe COULSON, président de l'UT-CFE-CGC, - messieurs David MEYER et Steeves TERITEHAU, respectivement secrétaire général de la Fédération des fonctionnaires et membre, - monsieur Tony DUPRE, secrétaire général adjoint de la COGETRA, - monsieur Judicaël ESCHENBRENNER, 1er secrétaire général adjoint USOENC, et secrétaire général du SOENC fonction publique), - mesdames Marie-Pierre GOYETCHE et Mélanie ATAPO, représentantes de l'USTKE
	Synthèse
14/12/2020	Examen & approbation en commission
Ont été sollicités et ont fourni des observations : - L'AMNC <i>L'ensemble des contributions a apporté un précieux concours aux travaux de la commission dont les conclusions vous sont présentées dans l'avis supra.</i> Par ailleurs, ont été sollicités et n'ont pas produit d'observations écrites ou participé aux réunions d'auditions: - La DRH du congrès de la Nouvelle-Calédonie, - Les DRH des provinces Nord et Iles Loyauté, - L'AFM-NC;	
16/12/2020	BUREAU
18/12/2020	SÉANCE PLÉNIÈRE
5	10

Au titre de la commission du CESE :

Ont participé aux travaux : messieurs BELLAGI, GRABIAS, KABAR, LAVAL, LEFEIVRE, MANATE et SAUSSAY ;

Étaient présents et représentés lors du vote : messieurs GRABIAS, KABAR, LAVAL, MANATE et SAUSSAY ;

Étaient absents lors du vote : messieurs BELLAGI, FOREST, LEFEIVRE et TUTUGORO.

Annexe 2 : extrait du code du travail de la Nouvelle-Calédonie

Livre I : LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL
Titre II : LE CONTRAT DE TRAVAIL
Chapitre III : Contrat à durée déterminée
Section 2 : Cas de recours et durée du contrat

Article Lp. 123-2

Modifié par la loi du pays n° 2014-14 du 16 octobre 2014 – Art. 1er, II et III

Le contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans les cas suivants :

1° Absence temporaire ou suspension du contrat de travail d'un salarié, ne résultant pas d'un conflit collectif de travail, et notamment pour congés payés, congé de maternité ou d'adoption, congé parental d'éducation, congé pour création ou reprise d'entreprise, congé sabbatique, congé de formation, absences consécutives à la maladie ou à un accident, absences autorisées, absences irrégulières ou injustifiées, absence pendant une période d'une durée limitée résultant du passage à temps partiel d'un salarié qui travaille habituellement à temps plein ;

2° Accroissement exceptionnel et temporaire de l'activité ;

3° Exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable ;

4° Lorsque le contrat est conclu au titre des dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines catégories de demandeurs d'emploi ;

5° Lorsque l'employeur s'engage, pour une durée limitée à un an et dans des conditions fixées par délibération du congrès, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ;

6° Emplois à caractère saisonnier ou secteurs connaissant des augmentations d'activités cycliques ;

7° Emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activités définis par délibération du congrès, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois ;

8° Attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée au terme d'une formation professionnelle ou dans l'attente de l'organisation et des résultats définitifs d'un concours de recrutement dans la fonction publique ;

9° Contrats conclus avec des jeunes pour une période comprise dans leurs vacances scolaires ou universitaires.

10° Contrats conclus dans le cadre du portage salarial défini à l'article Lp. 615-1.

La durée totale du contrat à durée déterminée ne peut excéder un an, compte tenu, le cas échéant de ses renouvellements.

Cette durée peut être portée, à titre exceptionnel à trois ans dans les cas prévus aux 1°, 3°, 4°, 8° et 10°, dans la limite de trois renouvellements maximum.

Dans l'hypothèse mentionnée au 3°, à titre dérogatoire, l'inspecteur du travail peut exceptionnellement, après avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, autoriser un dépassement de la durée maximale de douze mois, sans que la durée totale du contrat excède la durée maximale de trois ans.