



HAL
open science

Regard travailliste sur les relations collectives dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie

Nadège Meyer

► **To cite this version:**

Nadège Meyer. Regard travailliste sur les relations collectives dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie. La fonction publique dans le Pacifique Sud - Réflexion sur les modèles de fonction publique, Charles Froger, Oct 2021, Noumea, Nouvelle-Calédonie. pp.108-119. hal-04456422

HAL Id: hal-04456422

<https://hal.science/hal-04456422>

Submitted on 22 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Open licence - etalab

LA FONCTION PUBLIQUE DANS LE PACIFIQUE SUD

RÉFLEXION SUR LES MODÈLES DE FONCTION PUBLIQUE

Sous la direction de Charles Froger



 **Punc**
PRESSES UNIVERSITAIRES
DE NOUVELLE-CALÉDONIE

 **Unc**
UNIVERSITÉ
DE LA
NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE

Regard travailliste sur les relations collectives dans la fonction publique de nouvelle-calédonie

Nadège Meyer

Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje

Dans la lignée du droit métropolitain, la complexité du droit de la fonction publique en Nouvelle-Calédonie résultant de l'existence de nombreux statuts ne fait pas figure d'exception¹. La loi du pays du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie² a réformé ces statuts avec pour objectif sinon de les unifier, au moins de les homogénéiser afin notamment d'assurer une égalité de traitement entre les agents non titulaires et les fonctionnaires.

Afin de cerner l'enjeu de cette réforme, il convient d'indiquer que la fonction publique en Nouvelle-Calédonie a connu une très forte augmentation de ses effectifs depuis 15 ans³ et représente à l'heure actuelle 10 000 fonctionnaires et 13 000 contractuels.

Jusqu'à la réforme de 2021, et à l'instar d'une majorité de législations ultramarines en la matière⁴, la particularité du statut des contractuels employés par les différentes fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie⁵ par rapport à la métropole tenait au fait qu'ils relevaient du code du travail de la Nouvelle-Calédonie.

Les articles Lp. 111-2 et Lp. 111-3 du code du travail de Nouvelle-Calédonie définissent le champ d'application *ratione personae* de ce code et précisent à ce titre qu'est considérée comme salarié la personne qui s'est notamment engagée à mettre son activité professionnelle au service d'une personne publique. Ils énumèrent ensuite les personnes exclues du champ de cette législation. Dans cette liste, les contractuels n'y figuraient pas. Néanmoins, jusqu'à ce qu'il fasse l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en 2011⁶, l'article Lp. 311-2 du même code énonçait que les dispositions relatives notamment à l'exercice du droit syndical et aux institutions représentatives du personnel ne s'appliquaient pas « à l'État, à la Nouvelle-Calédonie, aux provinces, aux communes et aux établissements publics administratifs ».

1 Cf. notamment à ce propos : Rapport et vœu n° 01/2012 du 10 février 2012 relatif au statut des agents non titulaires en Nouvelle-Calédonie, CESE de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 13 mars 2012, p. 2136.

2 Loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 20 mai 2021, p. 8227.

3 Chiffres annoncés par le membre du gouvernement en charge de la fonction publique V. Muliava, lors du vote de la loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie le 13 janvier 2021, *JONC*, 11 mars 2021, p. 6 : « les effectifs de fonctionnaires ont augmenté de près de 60 % (6 309 en 2003 à 10 300 en 2020) ». À ces fonctionnaires, vient s'ajouter un effectif de 13 000 contractuels de la fonction publique en 2020. Pour des chiffres consolidés des effectifs de la fonction publique en Nouvelle-Calédonie en 2019, cf. « Données sociales 2019 », Dir. des Ressources humaines et de la fonction publique, Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, https://drhfpnc.gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/donnees_sociales_2019.pdf

4 E. Matutano, « Le régime juridique applicable aux agents publics non fonctionnaires dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie : état des lieux et perspectives », *Collectivités territoriales Intercommunalité*, n° 4, avril 2006, p. 4.

5 Plus précisément : fonctions publiques communales et territoriales...

6 Cons. Const., Déc. n° 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, *A.J.D.A.*, 2011, p. 2451. Cf. : G. Dumortier, C. Landais, M. Vialettes et Y. Struillou, « L'actualité des questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. Soc.*, 2012, p. 258 ; L. Janicot : « QPC sur une loi du pays en Nouvelle-Calédonie », *R.F.D.A.*, 2012 p. 355.

Dans une décision du 9 décembre 2011, la censure du Conseil constitutionnel sur le fondement du non-respect de la liberté syndicale et du principe de participation allait provoquer la nécessité d'une réforme *a minima* du statut des contractuels de la fonction publique, ou l'application pleine et entière des relations collectives de travail aux contractuels.

La loi du pays du 12 mai 2021 a ainsi eu pour objectif non seulement de tendre à une harmonisation des différents statuts de la fonction publique, mais aussi de réformer le dialogue social afin qu'il soit effectif pour toutes les catégories de personnel.

L'autre enjeu majeur de la réforme de 2021 consistait à sortir d'une situation inextricable pour les différents employeurs publics. Celle-ci résultait de l'absence d'adoption de nouvelles dispositions après la décision de 2011 et de l'effectivité de l'abrogation de l'article Lp. 311-2 du code du travail au 1^{er} janvier 2013. Ainsi, la menace réelle et justifiée des syndicats d'ester en justice pour imposer l'organisation des élections professionnelles et en particulier celles du comité d'entreprise (CE) a amené le législateur à exclure les contractuels du champ d'application du code du travail et à procéder à la refonte des instances du dialogue social dans la fonction publique.

À l'aune de cette réforme fusionnant les fonctions publiques territoriales et communales, il devient dès lors intéressant d'appréhender le nouveau droit des relations collectives dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie, à travers le prisme du droit du travail.

À cet égard, la logique d'unification des statuts de fonction publique et l'absorption des contractuels par le giron du droit public ne sont pas sans conséquence sur les nouvelles dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel et au droit syndical dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie.

Alors que nous pourrions être tentés de penser que le droit du travail et en particulier celui des relations collectives n'a plus droit de cité dans cette fonction publique réformée, il apparaît non seulement que le régime actuel tend à se rapprocher du fonctionnement et des principes fondamentaux animant les relations collectives du travail (I), mais aussi que cette empreinte du droit du travail dans le dialogue social de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie n'est pas prête de s'estomper en raison d'une unification imparfaite et impossible du champ d'application de la loi du pays du 12 mai 2021 (II).

I. L'INFLUENCE DU DROIT DU TRAVAIL DANS LE DIALOGUE SOCIAL RÉNOVÉ DE LA FONCTION PUBLIQUE DE NOUVELLE-CALÉDONIE

La loi du pays du 12 mai 2021 a précisément pour objet d'écarter l'application aux employeurs publics des dispositions du code du travail de la Nouvelle-Calédonie relatives aux relations collectives. Il n'en demeure pas moins que cette réforme n'échappe pas à la tendance métropolitaine actuelle d'aligner le droit de la fonction publique sur le droit du travail⁷.

Ainsi, le législateur calédonien consacre des dispositions relatives aux représentants du personnel de droit privé pour la représentation des agents publics, fonctionnaires y compris (A). Il adopte également des principes identiques au droit du travail en matière de droit syndical, avec l'introduction de la représentativité syndicale applicable désormais à toute la fonction publique de Nouvelle-Calédonie (B).

⁷ Cf. notamment à ce propos : A.Zarca, N. Maggi-Germain, « Controverse : l'importation des techniques du droit du travail en droit de la fonction publique : vices ou vertus? », *Revue de droit du travail*, 2020, p. 302 ; I. Desbarats, « Transformation de la fonction publique : jusqu'où aller dans le rapprochement avec le droit du travail? », *Dr. Soc.*, 2020, p. 220 ; K. Pagani, « Convergence de cadre du dialogue social dans le secteur public et dans le secteur privé », *JCP éd. S.*, 2016, n° 21, p. 9.

1. L’empreinte travailliste sur les institutions représentatives du personnel de la fonction publique

En excluant les agents contractuels du giron du droit du travail, le législateur calédonien faisait de facto le choix de modifier les instances de dialogue social de la fonction publique. Il était en effet contraint de se conformer à l’exigence constitutionnelle du principe de participation, rappelée par le Conseil constitutionnel lors de sa décision de censure d’une disposition législative du code du travail à ce propos⁸. Afin d’être en conformité avec la Constitution, le législateur se devait de prendre en considération cette catégorie d’agent au plus près de leur administration de rattachement, modifiant ainsi le fonctionnement des comités techniques paritaires (CTP) (1). Ce point de réforme était suffisant à lui seul pour garantir une représentation de tous les agents de la fonction publique. Pour autant, s’inspirant du dispositif du code du travail, le législateur est allé au-delà en consacrant la mise en place d’activités sociales et culturelles au bénéfice des fonctionnaires (2).

a. La représentation des agents contractuels dans les comités techniques paritaires

En 2014, les assises relatives à la modernisation de la fonction publique avaient permis d’avancer l’idée d’une réforme des différentes instances de dialogue social de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie. Dans cette perspective, la proposition suggérait un alignement sur les représentants du personnel du droit du travail. À titre d’exemples, le comité supérieur de la fonction publique devait être réformé pour s’inspirer de la commission consultative du travail et les commissions administratives paritaires (CAP) devaient inclure la représentation des agents non titulaires.

La loi du pays de 2021 portant réforme de la fonction publique se révèle moins ambitieuse dans la mesure où elle ne réforme pas l’ensemble des instances du dialogue social mais seulement les CTP. Ces derniers deviennent l’instance de représentation de l’ensemble des agents, qu’ils soient fonctionnaires ou contractuels. Le choix de cette instance comme organe de représentation des agents non titulaires s’avère néanmoins pertinent, dans la mesure où il est implanté au plus près des agents, au sein même de la collectivité ou de l’établissement public qui les emploie. En outre, les missions consultatives dévolues aux CTP sont celles qui s’apparentent le plus aux fonctions qui relèvent traditionnellement des instances représentatives du personnel de droit privé.

De manière plus précise, l’imprégnation du droit du travail dans les CTP se retrouve tout d’abord au niveau des attributions qui leur sont désormais confiées. Jusqu’à présent, la délibération applicable⁹ reconnaissait leur compétence dans six domaines¹⁰ mais n’imposait une consultation que dans trois d’entre eux. Un des apports de la réforme tient au fait que désormais, les comités doivent être consultés dans tous les champs qui relèvent de leur compétence. Ils ont

8 Cons. Const., Déc. n° 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, préc.

9 Délib. n° 440 du 4 juin 1982 déterminant les règles générales d’organisation et de fonctionnement des CTP dans les administrations du Territoire, *JONC*, 28 juin 1982, p. 1006.

10 Cf. art. 8 : « Les comités techniques paritaires sont compétents pour connaître des questions relatives :

1°/ À l’organisation des administrations, établissements et services ;

2°/ Au fonctionnement des administrations et services ;

3°/ Aux programmes de modernisation des méthodes et techniques de travail et à leur incidence sur la situation du personnel ;

4°/ À l’élaboration ou à la modification des règles statutaires régissant les personnels affectés dans les services relevant de leur compétence ;

5°/ À l’examen des grandes orientations à définir pour l’accomplissement des tâches de l’administration intéressée ;

6°/ Aux problèmes d’hygiène et de sécurité ;

Leur consultation est obligatoire dans les cas prévus aux 3°, 5° et 6°/ ci-dessus ».

en outre la possibilité de se saisir de « toute autre question d'ordre collectif »¹¹, ce qui élargit considérablement leur champ d'intervention.

Dans le même ordre d'idées, la loi du pays ajoute « les conditions de travail » comme thème sur lequel le comité doit être consulté. Cette expression, bien connue des travailleurs, est difficile à circonscrire et, en ce sens, elle permet d'étendre le périmètre de compétences des représentants du personnel. La catégorie des conditions de travail englobe tant la durée et l'aménagement du temps de travail (télétravail par exemple), que la rémunération, les avantages sociaux, l'ambiance de travail (harcèlement notamment) ou les locaux de travail.

La délibération prise en application du titre III de la loi du pays de 2021¹² démontre la volonté d'intégrer des principes du droit des relations collectives de travail. À titre d'exemple, il organise un droit d'alerte, d'enquête et d'expertise au bénéfice des CTP, à l'image de ceux reconnus en droit du travail aux délégués du personnel (DP) et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Il ne fait ainsi aucun doute que la loi du pays de 2021 a conféré une compétence consultative générale et de principe au CTP, faisant de lui l'instance clé du dialogue social.

Au-delà de cette modification du champ d'application *ratione materiae* des CTP, la loi du pays de 2021 a étendu leur compétence *ratione personae* en organisant l'élection des délégués des agents contractuels. La réforme tend encore dans ce domaine précis à aligner le mode d'élections et les missions de ces représentants sur celles du droit du travail.

Le législateur a aussi ajouté des attributions particulières aux délégués des agents contractuels qui font écho à celles dévolues aux DP. À titre d'exemples, les délégués des agents contractuels présentent à l'employeur « toutes les réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs concernés », ou veillent « au respect des règles de reclassement lorsque l'agent contractuel est atteint d'une inaptitude »¹³. Ces deux missions sont véritablement celles que le droit du travail de Nouvelle-Calédonie assigne aux DP. La réforme constitue ensuite une avancée quant à la mise en œuvre du principe de participation, car elle instaure l'obligation de mettre en place des CTP auprès de chaque employeur public, même s'il peut y avoir un comité commun lorsque le nombre de postes budgétaires chez ce même employeur est inférieur à 25 emplois permanents. Elle satisfait ainsi pleinement les exigences constitutionnelles qui faisaient défaut jusqu'alors en la matière.

Il convient enfin de s'interroger sur l'adoption d'un statut protecteur contre le licenciement des délégués des agents contractuels. Il s'agissait d'un point évoqué dans la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2011. Une des délibérations d'application¹⁴ organise une procédure spéciale de licenciement en tout point identique à celle du droit travail, tant sur le fond que sur la forme. Le licenciement est de ce fait soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail, qui dispose alors des mêmes pouvoirs d'enquête et de contrôle.

À l'issue de ce développement, il apparaît que le droit des institutions représentatives des agents publics titulaires ou non et celui des salariés, ont amorcé un réel rapprochement. Les délibérations d'application permettent de conforter ce constat, car la concrétisation de cette convergence des droits du travail et de la fonction publique est plus patente à la lueur des dispositions réglementaires, qui actent d'un contenu plus précis des attributions des CTP.

11 Art. 18 de la loi du pays du 12 mai 2021, préc.

12 Article 76 de la délibération n° 181 du 4 novembre 2021 prise en application du titre III de la loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie (rapport n° 38/GNC du 26/02/2019), JONC, 11 novembre 2021, p. 16368.

13 Cf. art. 19 de la loi du pays du 12 mai 2021, préc.

14 Art. 60 et s. de la délibération n° 182 du 4 novembre 2021 prise en application du titre IV de la loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie (rapport n° 39/GNC du 26/02/2019), JONC, 11 novembre 2021, p. 16376.

b. Les employeurs publics en charge des activités sociales et culturelles au bénéfice des fonctionnaires

L'adoption pour les agents non titulaires d'un dispositif de représentation du personnel qui s'apparente à celui du droit du travail n'a finalement rien de surprenant, puisque ces personnels relevaient jusqu'à présent du code du travail de Nouvelle-Calédonie. En revanche, il en va différemment de l'introduction d'un article, intéressant exclusivement les fonctionnaires en matière d'activités sociales et culturelles.

L'article 8 de la délibération fixant les droits et obligations des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie reconnaissait dès son adoption en 1990¹⁵ que les fonctionnaires « participent à la définition et à la gestion de l'action sociale et culturelle, sportive et de loisirs dont ils bénéficient ou qu'ils organisent ». Seule disposition à évoquer ce que le code du travail appelle les activités sociales et culturelles, attribution du CE, elle servait de fondement à la création et au financement par les employeurs publics des « amicales » constituées sous forme d'associations. Jusqu'à présent, aucune disposition n'imposait à l'employeur de contribuer à ces activités. La loi du pays de 2021 a inséré un article Lp. 15-1 au sein de la délibération de 1990 qui enjoint désormais aux employeurs publics d'organiser une action sociale en faveur des fonctionnaires, à l'exclusion d'ailleurs des agents non titulaires qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette délibération. Si l'on se réfère à la délibération d'application y afférente¹⁶, une disposition particulière vient décliner cet article Lp. 15-1. Celle-ci dispose que chaque employeur public « détermine, après avis du CTP le type d'actions et le montant des dépenses qu'il entend engager pour la réalisation des prestations d'action sociale ». L'article ajoute que les employeurs publics peuvent confier, à titre exclusif, la gestion de tout ou partie des prestations d'action sociale à des associations. Il semble néanmoins que cette disposition puisse poser une difficulté aux « amicales » dans la mesure où la plupart d'entre elles attribuent le bénéfice des actions sociales tant aux fonctionnaires qu'aux agents non titulaires. Or, si l'employeur public confie la gestion de ces actions à ces associations et participe au financement des activités sociales et culturelles, les « amicales » ne pourront utiliser ces fonds qu'au bénéfice des fonctionnaires eu égard au champ d'application de la délibération dans laquelle figure cet article.

Cette délibération consacre le principe même de participation des employeurs publics à l'action sociale. Il n'est pas sans rappeler l'une des deux grandes compétences confiées aux comités d'entreprise du secteur privé. Ce premier constat d'un rapprochement du droit des relations collectives de la fonction publique vers les mécanismes du droit du travail se confirme pleinement à l'étude du droit syndical.

2. La représentativité syndicale : une exigence partagée

L'introduction de la représentativité syndicale dans la fonction publique est un véritable changement de paradigme qui marque non pas une simple inspiration des principes du droit du travail, mais une adéquation parfaite entre ces deux branches du droit (1). L'adoption de critères de la légitimité syndicale en droit public produit en outre des effets identiques à ceux du droit privé (2).

a. Identité des conditions de reconnaissance de la représentativité

Jusqu'à l'adoption de la réforme de 2021, la légitimité des syndicats de la fonction publique en

15 Délib. n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 25 septembre 1990, p. 2426.

16 Art. 106 de la délibération n° 181 du 4 novembre 2021 prise en application du titre III de la loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie (rapport n° 38/GNC du 26/02/2019), *JONC*, 11 novembre 2021, p. 16368.

Nouvelle-Calédonie tenait seulement dans la déclaration de leur existence auprès du président du gouvernement ou du maire. Cette seule formalité permettait aux syndicats d'être considérés comme interlocuteurs des employeurs publics et en droit de négocier avec eux « la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées [...] des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail »¹⁷. Aucune autre condition n'était exigée pour pouvoir participer aux négociations. À l'instar de la législation du travail, la loi du pays du 12 mai 2021 introduit des niveaux et des conditions de représentativité pour les organisations syndicales.

Les articles 11 et 12 de la loi du pays précitée introduisent en premier lieu la reconnaissance de deux niveaux distincts de représentativité syndicale : le secteur public d'un côté, et chaque employeur public de l'autre. À l'instar du droit du travail, ces dispositions introduisant des conditions de légitimité des syndicats pour pouvoir représenter une collectivité d'agents, limitent *de facto* le nombre d'interlocuteurs des employeurs.

En second lieu, le législateur met en place des critères de représentativité et retient comme pour le droit du travail une exigence d'ancienneté du syndicat qui se double d'une audience électorale. Jusqu'alors, un syndicat nouvellement créé était immédiatement considéré comme un interlocuteur légitime dans la fonction publique. Désormais, pour pouvoir participer au dialogue social, les syndicats doivent non seulement justifier de deux ans d'ancienneté mais aussi recueillir pour être représentatifs, un pourcentage minimum de suffrages aux élections professionnelles et ainsi obtenir tant le droit de négocier que des décharges de services.

À l'image du code du travail de la Nouvelle-Calédonie¹⁸, le pourcentage de suffrages exprimés varie selon le niveau de représentativité, fixé à 5 % pour le secteur public et à 10 % au niveau de chaque employeur. *De facto*, les syndicats peu implantés à ces deux niveaux ne pourront pas se maintenir. Ils auront peu de chances de pouvoir devenir représentatifs par la suite, en raison des conséquences qui sont attachées par le législateur à cette représentativité et en parfaite unité avec celles du droit du travail.

b. Identité des effets de la représentativité en droits du travail et de la fonction publique

En droit du travail, la représentativité syndicale est le critère légal objectif retenu pour octroyer aux organisations syndicales des moyens et des droits à la fois supplémentaires et exclusifs. Ainsi, le code du travail de Nouvelle-Calédonie¹⁹ accorde aux organisations syndicales représentatives, un monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles. Tels sont également les effets que la représentativité est amenée à produire dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie à la lecture de la délibération d'application adoptée le 4 novembre 2021²⁰. En effet, celle-ci accorde aux seules organisations syndicales représentatives dans le secteur public ou au niveau de l'employeur concerné le droit de présenter des listes électorales au premier tour des élections au CTP. Un second tour est organisé seulement si aucune liste n'a été déposée par ces organisations ou si le nombre de votants est inférieur à la moitié du nombre d'électeurs inscrits. Cette dernière disposition limite grandement les hypothèses dans lesquelles un second tour aura effectivement lieu. Ce monopole ne concerne pas l'élection aux CAP qui comporte un seul tour. Il n'en demeure pas moins que cet avantage non négligeable reconnu aux organisations syndicales représentatives aura nécessairement un impact sur la faculté pour des

17 Art. 7 de la délib. n° 81 du 24 juillet 1990, préc.

18 Art. Lp. 322-1 et Lp. 322-3 C. trav. NC.

19 Plus précisément, les art. Lp. 341-40 pour les élections des DP et Lp. 342-65 pour les élections au CE.

20 Délibération n° 180 du 4 novembre 2021 prise en application du titre II de la loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie (rapport n° 37/GNC du 26/02/2019), *JONC*, 21 novembre 2021, p. 16363.

syndicats non représentatifs de le devenir. En effet, l'octroi de la représentativité au niveau du secteur public dépend certes des résultats des CAP mais aussi de ceux des CTP. Le monopole de présentation associé à l'absence éventuelle de second tour aux élections aux CTP viendra limiter le nombre de suffrages obtenus par les syndicats les moins représentatifs. Le risque est réel que les syndicats actuellement les mieux implantés²¹ dans la fonction publique empêchent l'émergence de la représentativité des autres syndicats, alors même que ces derniers ont pourtant accru leur audience électorale ces dernières années²². L'enjeu est de taille puisque de cette qualité dépend non seulement le droit d'être reconnu comme un interlocuteur de l'employeur public, mais aussi les moyens matériels, financiers et humains qui seront alloués aux syndicats.

Sur ce dernier aspect, et conformément à ce que prévoit aussi le droit du travail, les moyens des syndicats découlent de leur représentativité. Ainsi, la délibération d'application conditionne la mise à disposition d'un local syndical aux résultats des élections au CTP et incidemment à la qualité de syndicat représentatif. La quasi-totalité des droits et moyens accordés dépend de leur représentativité, tel le droit de tenir des réunions mensuelles dans l'enceinte de l'administration. De même, ce sont aussi désormais les autorisations spéciales d'absences et les décharges d'activité de service qui sont accordées aux seuls syndicats représentatifs, alors qu'elles bénéficiaient jusqu'à présent à tout représentant élu.

In fine, le dispositif de la représentativité dans la fonction publique produit les mêmes conséquences que celles observées en droit du travail. Cette sélectivité syndicale induira incidemment des effets sur les moyens des syndicats représentatifs dans le secteur privé. En effet, l'audience électorale requise des organisations syndicales au niveau de la Nouvelle-Calédonie en droit du travail tient compte des résultats du collège des agents non titulaires aux CTP et de ceux obtenus aux CAP.

Alors que le législateur calédonien souhaitait s'émanciper des règles du droit du travail dans le droit de la fonction publique, il apparaît que celles-ci restent néanmoins imbriquées.

II. LA PERSISTANCE DU DROIT PRIVÉ DES RELATIONS COLLECTIVES DANS LA FONCTION PUBLIQUE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

La loi du pays du 12 mai 2021 avait pour principal objectif annoncé d'harmoniser les statuts applicables aux différentes fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie et d'unifier le droit applicable entre les fonctionnaires et les agents non titulaires. Aussi louable que soit cet objectif, il s'avérait *ab initio* hors d'atteinte, dans la mesure où le périmètre d'application du droit du travail, et en particulier des relations collectives, ne pouvait être réduit à néant par la loi du pays. Cette observation se révèle d'autant plus vraie que le législateur calédonien était notamment dans l'impossibilité d'embrasser un champ d'application qui englobe toutes les hypothèses d'agents non titulaires de la fonction publique. La pérennisation des institutions représentatives du personnel qui en découle (A) laisse augurer non seulement le maintien mais aussi l'ajout de l'applicabilité d'un statut collectif auquel la loi du pays espérait mettre fin (B).

21 Deux syndicats sont très majoritaires dans la fonction publique, il s'agit de la FSF-AOFP et l'UT-CFE-CGC avec 6 postes chacun au titre des décharges d'activité de service. Il est par ailleurs à noter que la FSF-AOFP a perdu 2 postes depuis 2015, cf. « Données sociales », Direction des ressources humaines et fonction publique, Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, 2019, p. 60, https://drhfpnc.gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/donnees_sociales_2019.pdf

22 Tel est le cas de l'USOENC qui obtenait en 2015 seulement 0,5 poste au titre des décharges d'activité de service et avait eu 2 postes en 2019. Le cas de la GSCT-FO est assez significatif de cette forte émergence d'au moins deux nouveaux syndicats dans la fonction publique, passant d'aucun poste en 2015 à 2 postes en 2019 au titre de ces mêmes décharges. Cf. « Données sociales », Dir. des ressources humaines et fonction publique, 2019, p. 60, préc.

1. La pérennisation des institutions représentatives du personnel du code du travail de Nouvelle-Calédonie

Les institutions représentatives du personnel de droit privé vont perdurer chez les employeurs publics établis en Nouvelle-Calédonie, en raison de l'exclusion d'un certain nombre d'établissements publics du champ d'application de la loi du pays (1). Les syndicats avaient fait pression sur le législateur en menaçant de saisir la justice pour imposer aux employeurs publics l'organisation des élections professionnelles, notamment celles du comité d'entreprise. La contrepartie de leur absence d'action judiciaire devait se retrouver dans les moyens supplémentaires qui leur seraient accordés par la loi. Aujourd'hui, ils peuvent non seulement prétendre aux nouveaux moyens alloués mais aussi exiger la mise en place ou le maintien des représentants du personnel du code du travail de la Nouvelle-Calédonie chez les employeurs publics exclus de la loi du pays (2).

a. L'impossible exhaustivité du champ d'application de la loi du pays du 12 mai 2021

L'article Lp. 111-3 du code du travail de Nouvelle-Calédonie définit *a contrario* son champ d'application *ratione personae*. Selon les articles 31 et 34-III de la loi du pays du 12 mai 2021, depuis l'entrée en vigueur de la délibération prise en application du titre IV de ladite loi du pays, l'article Lp. 111-3 est complété comme suit :

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.

Le législateur prévoit désormais l'exclusion explicite des chambres consulaires²³ et implicite des établissements publics industriels et commerciaux de Nouvelle-Calédonie, tels l'Office des Postes et Télécommunications (OPT) et l'Office de Commercialisation et d'Entreposage Frigorifique (OCEF) et des Groupements d'Intérêt Publics (GIP), tel le GIP Formation cadres-avenir.

De manière très pragmatique, ce sont près d'une vingtaine d'employeurs publics présents en Nouvelle-Calédonie qui demeurent soumis aux dispositions relatives aux relations collectives du code du travail pour leurs agents contractuels. Or, la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2011²⁴, abrogeant l'article Lp. 311-2 du code du travail, qui excluait les employeurs publics du champ d'application de la représentation du personnel, du droit syndical et de la négociation collective, est effective depuis le 1^{er} janvier 2013. Il ne fait désormais aucun doute que les agents contractuels de ces employeurs publics doivent bénéficier de l'ensemble des dispositions du code du travail en la matière.

Notons enfin qu'en raison d'une jurisprudence extensive du Tribunal des conflits²⁵, les agents contractuels de l'État et de ses établissements publics présents en Nouvelle-Calédonie²⁶ étaient soumis au droit du travail calédonien. En 2021, le législateur du pays n'a toutefois pas pu les intégrer dans la liste des agents contractuels exclus du champ d'application du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, pour les soumettre au droit public calédonien. En effet, la compétence

23 Cf. Art. 8 de la loi du pays n° 2021-7 du 21 juillet 2021, *JONC*, 29 juillet 2021, p. 11769.

24 Cons. Constit., Déc. n° 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, préc.

25 Trib. Conf., 12 avril 2010, Van Assche, n° 3747, Rec. p. 577; *AJFP* 2010, p. 241, in. E. Matutano.

26 Tels l'Université, le haut-commissariat, le vice-rectorat, la gendarmerie, la police...

pour régler la situation juridique de ces contractuels appartient à l'État. En l'absence de précision, les contractuels de l'État sont donc restés soumis au droit du travail calédonien²⁷.

b. Le maintien et le déploiement des institutions représentatives du personnel

L'absence de soumission de l'ensemble des agents non titulaires de la fonction publique au droit public crée un véritable imbroglio juridique pour les employeurs concernés.

Ils sont en premier lieu contraints d'organiser les différentes élections permettant la mise en place des institutions représentatives du personnel. Nombre d'employeurs publics sont déjà au fait de cette réalité, puisque certains ont dû mettre en place des DP, voire même un CE²⁸ et un CHSCT conformément à la législation du droit du travail. La loi du pays du 12 mai 2021 fait bien état de cette hypothèse en prévoyant la suppression du CE dès l'installation du CTP réformé²⁹. Malheureusement, cette disposition ne pourra concerner l'ensemble des employeurs publics.

En deuxième lieu, et au-delà de l'obligation de mettre en place tous les représentants du personnel dès lors que la condition d'effectif requise³⁰ est remplie, les employeurs concernés doivent se conformer aux obligations légales liées au fonctionnement de ces instances. À cet égard, sous peine de délit d'entrave, la périodicité mensuelle des réunions des DP et du CE a de quoi bouleverser le fonctionnement des employeurs publics soumis à un minimum de deux réunions par an du CTP. Les obligations d'informations et de consultations périodiques et ponctuelles de ces instances sont particulièrement étendues comparées à celles des CTP et des CAP.

En troisième lieu, l'impact financier du fonctionnement de ces instances est loin d'être négligeable dans la mesure où, eu égard à l'importance plus ou moins grande des effectifs, le nombre d'élus va varier³¹. Chaque élu titulaire bénéficie en outre d'un crédit d'heures de délégation fixé mensuellement à 15 heures pour chaque DP et à 20 heures par élu au CE³². Ces heures de délégation sont considérées comme du temps de travail effectif et rémunéré comme tel.

Les contraintes financières pour ces employeurs publics vont bien au-delà, puisqu'il convient d'y ajouter, pour ceux qui seront contraints de mettre en place ou de maintenir un CE, le budget y afférent. Celui-ci est fixé à 0,2 % de la masse salariale nette de l'année écoulée au titre de la subvention de fonctionnement et 0,8 % de la même masse salariale au titre des activités sociales et culturelles³³. Ces obligations légales peuvent très vite devenir impossibles à soutenir financièrement. La liste des dépenses doit être complétée par les différentes possibilités légales dont dispose le CE de recourir à un expert financé par l'employeur³⁴. Ces expertises peuvent grever de manière significative les budgets publics qui n'avaient pas prévu ces dépenses.

27 Cf. article Ch. Froger, dans cet ouvrage.

28 Ainsi, l'OPT, l'ADRAF, la CCI-NC, l'OCEF, la chambre d'agriculture et celle des métiers et de l'artisanat se sont dotées d'un CE entre 2011 et 2017 pour les derniers.

29 Cf. art. 24 de la loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021, préc.

30 Au moins 11 salariés pour les DP et 50 pour le CE.

31 Cf. art. R. 341-3 pour les DP et R. 342-13 C. trav. NC pour la délégation du personnel au CE : allant *a minima* :

- de 1 DP titulaire et 1 suppléant lorsque l'effectif des agents non titulaires est compris entre 11 et 25 salariés,

- à 2 DP titulaires et autant de suppléants au titre des DP auquel s'ajoutent 3 titulaires et 3 suppléants au titre du CE lorsque l'effectif salarié s'établit entre 50 et 74.

32 Cf. art. Lp. 341-47 pour les DP et Lp. 342-76 C. trav. NC pour les élus au CE.

33 Cf. art. Lp. 342-99 pour la subvention de fonctionnement et Lp. 342-44 C. trav. NC au titre des activités sociales et culturelles.

34 Cf. Art. Lp. 392-94 pour des cas dans lesquels un expert-comptable peut être désigné par le CE aux frais de l'employeur et l'art. Lp. 394-97 pour la désignation d'un expert par le CE en cas d'introduction de nouvelles technologies. À ces experts s'ajoutent ceux que peut solliciter le CHSCT (art. Lp. 262-26 du même code).

À cet impact financier s'ajoutent quelques conséquences matérielles qui peuvent paraître marginales mais qui imposent la mise à disposition de locaux aménagés au bénéfice notamment du CE et des organisations syndicales représentatives de salariés au sens du droit du travail.

En dernier lieu, la mise en place et le fonctionnement de ces instances se juxtaposent à celles de la fonction publique et en particulier aux CTP. Ainsi, les employeurs publics concernés vont devoir respecter les obligations cumulées du droit du travail et de la fonction publique. À titre d'exemple, un CHSCT est imposé tant à l'égard des fonctionnaires que des agents non titulaires. Mais au-delà d'une instance éponyme, les dispositions juridiques qui les régissent diffèrent tant au niveau de la composition, du champ de compétence, que des obligations d'informations et de consultation.

Ce dédale auquel sont et vont continuer à être confrontés certains employeurs publics dans le cadre des institutions représentatives du personnel se complexifie encore à l'aune du statut collectif applicable à leurs agents contractuels.

2. Le déploiement d'un statut collectif

La soumission de certains employeurs publics à la législation du travail impose de négocier un statut collectif applicable aux agents non titulaires (1). Mais au-delà de cette négociation collective au niveau de l'établissement, il s'agit de l'ensemble des dispositions relatives aux accords collectifs qui va s'appliquer et en particulier le principe d'ordre public social (2).

a. L'organisation de la négociation collective

Dès lors que des DP ont été élus, l'employeur public peut être contraint, à partir de 11 salariés, d'organiser un véritable dialogue social au bénéfice des seuls agents contractuels. En effet, l'article Lp. 323-27 du code du travail de Nouvelle-Calédonie permet aux organisations syndicales, reconnues représentatives à quelque niveau que ce soit (employeur public, interprofessionnel ou Nouvelle-Calédonie), de désigner un DP en qualité de Délégué Syndical (DS). L'effet de cette désignation n'est pas à négliger, puisqu'il emportera tant l'obligation de mettre en place une négociation annuelle obligatoire qu'un monopole du dialogue social pour le syndicat ayant désigné le DS.

A fortiori, la désignation d'un DS et l'obligation annuelle de négocier, s'appliquent lorsque l'employeur public emploie au moins 50 salariés³⁵. Plusieurs employeurs publics pour lesquels les contractuels restent soumis au droit travail sont d'ores et déjà concernés.

L'article Lp. 333-4 du code du travail de Nouvelle-Calédonie impose alors aux employeurs d'engager « chaque année une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail », ainsi que sur l'intéressement tant qu'un accord collectif en ce sens n'a pas été conclu³⁶. D'aucuns argueront que ces dispositions intéressent l'entreprise et que ce terme exclut les employeurs publics, dans la mesure où ce vocable n'est pas compatible avec les structures juridiques qu'ils gèrent. Il n'en demeure pas moins que l'article Lp. 311-1 du même code dispose explicitement que le Livre III relatif aux relations collectives de travail s'appliquent aux mêmes personnes que celles définies dans le champ d'application du Livre I³⁷ concernant les relations individuelles de travail. Or, ce dernier intègre implicitement les agents non titulaires des établissements publics industriels et commerciaux de Nouvelle-Calédonie³⁸ et des chambres consulaires.

³⁵ Cf. art. Lp. 323-24 C. trav. NC pour la désignation de plein droit d'un DS dès lors que la condition d'effectifs d'au moins 50 salariés est remplie.

³⁶ Art. Lp. 361-3 C. trav. NC.

³⁷ Plus précisément, les art. Lp. 111-1 à 111-3 C. trav. NC.

³⁸ Ceux-ci ne sont pas exclus du champ d'application du code du travail par l'article Lp. 111-3 et y sont donc soumis *a contrario*.

L'étendue du champ d'application visée par l'article Lp. 311-1 intéresse ainsi tout le droit syndical, y compris les dispositions relatives à la représentativité syndicale. Celles-ci viendront coexister avec les organisations reconnues représentatives au sens de la législation applicable à la fonction publique.

Au-delà du droit syndical, ces employeurs vont également devoir appliquer l'ensemble des dispositions relatives aux accords collectifs de travail.

b. L'applicabilité des accords collectifs et de l'ordre public social

La soumission des employeurs publics sus-évoqués au livre III du code du travail ouvre des perspectives importantes au regard du droit des conventions collectives de travail pour les agents contractuels concernés.

En effet, l'ensemble des principes directeurs de la négociation et des accords collectifs viennent s'immiscer dans la relation individuelle de travail.

Ainsi, l'existence d'une hiérarchie des normes spécifique au droit du travail et la combinaison des niveaux de conclusion des accords collectifs sont les deux exemples qui permettent d'éclairer le droit positif applicable à la relation contractuelle.

S'agissant tout d'abord des différents niveaux de négociation, il apparaît que les employeurs publics concernés par l'application de la législation du travail doivent respecter le droit des conventions collectives.

À ce titre, les conventions peuvent être conclues à différents niveaux, telle la branche professionnelle. Les employeurs publics appliquent souvent la convention collective des personnels ouvriers et assimilés des services publics de la Nouvelle-Calédonie. Cette convention a toutefois un champ d'application précis et assez réduit, limitant son applicabilité aux seuls ouvriers et assimilés, d'une part, et aux administrations territoriales et communales de la Nouvelle-Calédonie, d'autre part³⁹.

Il se trouve par ailleurs que la loi⁴⁰ précise, du point de vue du champ d'application professionnel, que la convention collective de branche applicable à l'entreprise, en l'occurrence à l'employeur public, est celle qui régit son activité principale⁴¹. L'applicabilité de cette dernière est néanmoins soumise à la condition d'adhésion de l'employeur à une organisation d'employeurs signataire ou adhérente de cet accord. Il est alors loisible de penser qu'en n'adhérant à aucune organisation patronale, les employeurs échapperont à l'application des conventions de branche.

Or, un double mécanisme fait échec à cette affirmation. Le premier tient dans la possibilité d'étendre par voie d'acte réglementaire un accord de branche. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a d'ores et déjà pris des arrêtés d'extension pour toutes les conventions de branche, imposant ainsi aux entités entrant dans leur champ d'activités, d'appliquer un statut collectif.

Le second mécanisme mis en place localement a consisté à inclure un secteur d'activité intitulé « divers » dans la convention de branche du commerce afin d'englober un nombre très large d'activités qui ne relèvent pas spécifiquement d'un autre accord de branche⁴². Tel est le cas de la recherche, des organismes financiers, des activités annexes de transports et entrepôts, des services divers⁴³... Si l'article 1^{er} de ladite convention affirme qu'elle s'applique aux « sociétés et

39 Cf. convention collective applicable aux personnels ouvriers et assimilés des services publics de la Nouvelle-Calédonie : https://dtenc.gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/20200630cdsp_conventdeg_collec_perso_ouvriers_et_assi_service_public.pdf

40 Art. Lp. 331-3 C. trav. NC.

41 En ce sens, voir notamment, Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 00-40.891.

42 Cf. convention collective de branche du commerce et divers, https://dtenc.gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/20210218cd_commerce_et_divers.pdf

43 En se référant à la nomenclature des activités à laquelle renvoie l'article 1^{er} de la convention collective du commerce et divers, il apparaît qu'entrent dans le champ d'application professionnel les employeurs suivants :

entreprises » qui relèvent des secteurs d'activité suivants, laissant ainsi un éventuel doute quant à son applicabilité aux employeurs publics, l'article 2 lève toute ambiguïté. Celui-ci précise que, « entrent dans le présent champ d'application, les employeurs dont l'activité principale exercée entraîne leur classement » dans une des activités énumérées à l'article précédent. À l'aune de cette convention, il est fort probable que de nombreux agents contractuels puissent réclamer l'application et le bénéfice d'avantages salariaux⁴⁴.

Concernant enfin la seconde illustration applicable à ces relations de travail particulières, il s'agit plus précisément des deux principes fondamentaux du droit du travail que constituent encore en Nouvelle-Calédonie l'ordre public social et le principe de faveur.

Au titre de l'ordre public social, l'article Lp. 332-18 du code du travail dispose que les accords collectifs qui couvrent un champ d'application plus large s'appliquent aux accords ayant un champ plus restreint, sauf stipulation plus favorable de ces derniers.

Dans le même état d'esprit, le principe de faveur joue pleinement, et pas seulement entre les accords collectifs de différents niveaux. Il régit aussi les autres sources d'origine professionnelle adoptées ou appliquées par l'employeur public.

Ainsi, certains employeurs publics appliquent la convention collective des personnels ouvriers et assimilés des services publics de la Nouvelle-Calédonie à l'ensemble des agents non titulaires qu'ils emploient et, ce, quelle que soit leur catégorie professionnelle. La jurisprudence considère qu'au titre du principe de faveur, il s'agit de la part de l'employeur d'une application volontaire d'une convention collective⁴⁵. Elle vient s'ajouter à celle qui correspond à l'activité principale de l'entreprise. Ainsi, seules les clauses plus favorables de la première se substituent à la seconde.

À l'issue de ces développements, il apparaît clairement que l'objectif de la réforme de la fonction publique, qui consistait à bannir le droit du travail en excluant son application aux agents non titulaires, n'est pas atteint.

Dans cette réforme de la fonction publique introduite par la loi du pays du 12 mai 2021, le droit du travail est omniprésent, tantôt inspirateur de mécanismes nouveaux dans la fonction publique, à l'image de la représentativité syndicale, tantôt trouble-fête, lorsqu'il ne peut être écarté par le législateur ou volontairement maintenu par lui.

Le spectre du droit des relations collectives de travail rôde encore et laisse entrevoir une véritable boîte de pandore pour les employeurs publics qui ne peuvent lui échapper.

OCEF, IEOM, - IRD, Institut Pasteur, OPT, CGI-NC, chambre des métiers et de l'artisanat, chambre de l'agriculture, le port autonome...

⁴⁴ Tel est le cas par exemple des primes de fin d'année et d'ancienneté.

⁴⁵ Cass. soc., 15 novembre 2007, n° 06-43.383, *JCP S* 2008, p. 1102, note G. Vachet; Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40.114.