



La fonction publique dans le Pacifique Sud

Charles Froger

► To cite this version:

Charles Froger. La fonction publique dans le Pacifique Sud. Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie. , 2023, LARJE, Samuel Gorohouna, 979-10-91032-29-2. hal-04745546

HAL Id: hal-04745546

<https://hal.science/hal-04745546v1>

Submitted on 21 Oct 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.

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 NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE

LA FONCTION PUBLIQUE DANS LE PACIFIQUE SUD : RÉFLEXIONS SUR LES MODÈLES DE FONCTION PUBLIQUE

Sous la direction de Charles Froger

© 2023 Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie – PUNC
Collection LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique
larje.unc.nc

Tous droits réservés

La reproduction partielle ou entière, sous quelque forme que ce soit, de la présente publication est interdite sans l'autorisation de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

All rights reserved

No part of this publication may be reproduced in any form or by any means without the written permission of the University of New Caledonia

ISBN : 979-10-91032-29-2

Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie
Avenue James-Cook – BP R4 – 98851
Nouméa CEDEX
unc.nc



Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC
Mise en page/PAO : Parenthèses
Imprimeur : Ultimo Global

LA FONCTION PUBLIQUE DANS LE PACIFIQUE SUD : RÉFLEXIONS SUR LES MODÈLES DE FONCTION PUBLIQUE

Sous la direction de Charles Froger

Coordination éditoriale, Françoise Cayrol

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS

Charles Froger.....	9
Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje	

INTRODUCTION

Les modèles de fonction publique dans le Pacifique Sud : opposition ou hybridation ?	13
Fabrice Melleray Sciences Po Paris	

PARTIE 1 - LES FONCTIONS PUBLIQUES DES ÉTATS DU PACIFIQUE SUD

The Australian Public Employment System	21
Narelle Bedford Bond University, Australia	
A vision between the local and the global: Inclusivity in Vanuatu's Public service culture	35
Michael Krakat University of the South Pacific, Vanuatu	
Challenges of public sector innovation in Pacific Island Countries	50
Graham Hassall Victoria University of Wellington, School of Government	

PARTIE 2 - LES FONCTIONS PUBLIQUES DES OUTRE-MER FRANÇAIS DU PACIFIQUE SUD

Libre propos sur les systèmes de la carrière et de l'emploi dans la fonction publique de la Polynésie française	61
Grégoire Calley Université Savoie Mont-Blanc, en délégation à l'Université de la Polynésie française, GDI EA 4240, Centre de recherche en droit Antoine Favre	
La fonction publique dans les îles Wallis-et-Futuna	78
Edwin Matutano Docteur en droit, avocat à la cour, enseignant à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines	
Vers une para-fonction publique contractuelle de la Nouvelle-Calédonie	91
Charles Froger Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje	

Regard travailliste sur les relations collectives dans la fonction publique de Nouvelle-Calédonie	109
Nadège Meyer Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje	
Pour un changement de modèle de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie	121
Mathias Chauchat Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje	
CONCLUSION	
La fonction publique de carrière a-t-elle encore un avenir ?	135
Emmanuel Aubin Université de Tours, Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire, EA 7496	
LES AUTEURS	147

Avant-propos

Charles Froger

Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje

Les différentes fonctions publiques s'organisent traditionnellement autour de deux modèles antinomiques. Le premier est un système de fonction publique fermée, encore appelé système de carrière, dans lequel les agents des administrations sont soumis à un statut et à un droit pour partie différents du droit du travail applicable aux salariés. Le second est un système de fonction publique ouverte, également qualifié de système de l'emploi, dans lequel travailleurs publics et privés ne sont que faiblement différenciés du point de vue juridique.

L'étude des États et territoires du Pacifique Sud, au-delà de ces idéaux types, montre que la plupart des fonctions publiques mélangent largement ces deux systèmes. La « Conférence des dirigeants de la fonction publique du Pacifique », tenue en Papouasie-Nouvelle-Guinée en 2017, puis celle sur « les Services publics », organisée en Nouvelle-Calédonie en 2018, témoignent de la volonté des acteurs des fonctions publiques d'échanger sur les différentes pratiques existant dans l'espace régional océanien.

Pour la plupart issus de la décolonisation britannique, les États du Pacifique ont historiquement opté pour un système de carrière, à l'image du *Civil service*. Comme au Royaume-Uni, l'essor du *New public management* dans ces pays océaniques, concomitant aux dernières vagues de décolonisation des années 1970-1980, a progressivement entraîné l'adoption de réformes inspirées du système de l'emploi. Tel est le cas des micro-États insulaires comme Vanuatu, Samoa, les îles Salomon, Fidji, les îles Cook ou encore la Papouasie-Nouvelle-Guinée. D'autres États océaniques, plus anciennement émancipés de la Couronne britannique, ont quant à eux adopté un virage libéral plus marqué dans les années 1980. Il s'agit de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, cette dernière étant allée jusqu'à mettre en place une fonction publique sans fonctionnaire. En somme, à l'ancienne influence du modèle colonial s'ajoute celle de la globalisation économique.

À côté, coexistent dans le même espace géographique des outre-mer sous souveraineté française (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Wallis-et-Futuna). Leur autonomie normative, plus ou moins avancée, leur a permis d'adopter leurs propres fonctions publiques. Ces dernières sont largement influencées par la fonction publique de carrière métropolitaine. Même si ces territoires sont également influencés par le *New public management*, le système de carrière résiste assez largement. Alors que la place du droit du travail dans ces fonctions publiques ultramarines était historiquement plus importante qu'en métropole, dans une logique rattachable au système de l'emploi, cette situation a progressivement été abandonnée par les réformes récentes, au profit d'une plus grande application du droit public.

Cet ouvrage est l'occasion de porter un regard universitaire sur les différentes formes d'organisation des fonctions publiques co-existant dans le Pacifique Sud. Il donne en outre un éclairage de droit comparé à l'heure où la Nouvelle-Calédonie a réalisé une réforme importante. Sont en filigrane soulevées les questions suivantes :

- comment la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie s'insère dans son espace régional ?
- prend-elle exemple sur les pays voisins, essentiellement animés par la culture anglo-saxonne ?

- dans quelle mesure s'inspire-t-elle des réformes de la fonction publique métropolitaine avec laquelle elle partage la philosophie statutaire?

Autant de questions abordées lors d'un colloque sur *La réforme de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie*, organisé le 21 octobre 2021 par le LARJE, (Laboratoire de Recherche Juridique et Économique) de l'Université de la Nouvelle-Calédonie. Les contributions du présent ouvrage relatives à la Nouvelle-Calédonie en sont issues. Cette démarche est complétée par des contributions d'universitaires français, de métropole comme des outre-mer océaniens, spécialistes de la fonction publique. Enfin, l'ouvrage comprend les analyses d'universitaires étrangers en poste dans différents États du Pacifique Sud. Ce travail permet donc d'inscrire un peu plus encore la recherche juridique calédonienne dans son environnement régional.

INTRODUCTION

Les modèles de fonction publique dans le Pacifique Sud : opposition ou hybridation ?

Fabrice Melleray

Sciences Po Paris

Comme le résume Marcel Pochard :

Traditionnellement, deux grands types de Fonction publique sont distingués, celle de carrière, modèle français, et celle d'emploi, modèle anglo-saxon. Dans la première, les agents sont appelés à appartenir à la fonction publique durant toute leur vie professionnelle, en étant assurés de pouvoir y dérouler une carrière. Dans la fonction publique d'emploi, les agents sont recrutés pour occuper un emploi donné et n'ont pas de carrière organisée. S'ils entendent occuper un autre emploi, ils entrent en principe en compétition avec les autres candidats potentiels.¹

Cette distinction, en particulier développée par le conseiller d'État François Gazier il y a maintenant un demi-siècle², repose sur une construction idéal-typique au sens weberien de l'expression. Il s'agit d'une fiction construite sur la base d'une extrapolation fondée sur des observations empiriques. On déduit de l'analyse de droits positifs déterminés des modèles, en exacerbant certaines caractéristiques, qu'on s'efforce d'opposer trait pour trait. Et l'on classe ensuite les différents droits positifs suivant leur proximité ou leur divergence avec ce type idéal, la correspondance n'étant jamais absolue.

La méthode est assurément banale en sociologie³ même si elle soulève évidemment des difficultés méthodologiques redoutables. Elle l'est aussi, plus discrètement, en droit, notamment lorsque les juristes s'efforcent de procéder à des classifications dites empiriques⁴. Les travaux de Jean Rivero en offrent, en matière de droit administratif comparé, une illustration très nette⁵. La classification des régimes politiques (avec l'opposition entre régime présidentiel et régime parlementaire) comme celle des modèles de justice constitutionnelle (avec la distinction entre le modèle américain et son homologue européen) en fournissent également des exemples très significatifs.

L'opposition forgée par François Gazier, qui n'ignorait au demeurant en rien qu'elle présentait un caractère relatif et n'offrait pas une vue parfaitement exacte des différents droits positifs, paraît très claire. La fonction publique dite de « structure ouverte » correspond à une situation où ce que l'on nomme en France la fonction publique désigne « un métier comme un autre, l'administration publique étant considérée comme une vaste entreprise recrutant et gérant

¹ Marcel Pochard, *Les 100 mots de la fonction publique*, PUF, QSJ, 2^e éd., 2021, p. 63.

² François Gazier, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, 1972. Antony Taillefait considère que « cette distinction « système de la carrière » / « système de l'emploi » trouve son origine lointaine dans les conceptions de la « fonction publique » de la Rome impériale à partir d'Auguste pour le premier et dans la cité athénienne du V^e siècle avant notre ère pour le second » (Antony Taillefait, « Le statut de la fonction publique : protection ou immobilisme ? », *Administration et Education*, 2019/3, p. 149 et s.).

³ Jacques Coenen-Huther, « Le type idéal comme instrument de la recherche sociologique », *Revue française de sociologie*, 2003, p. 531 et s.

⁴ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 333.

⁵ Voir ainsi par exemple son cours de doctorat consacré à des « recherches sur la notion de système juridique appliquée au droit administratif comparé », Jean Rivero, *Droit administratif comparé*, DES de droit public, Les cours de droit, polycopié, 1954-1955.

son personnel dans les mêmes conditions que toutes les autres entreprises industrielles, commerciales ou agricoles de la nation »⁶. Tandis que dans le modèle de « structure fermée », on considère que « l'administration publique est [...] une chose à part à l'intérieur de la nation, qui demande des spécifications particulières et un personnel qui y consacre toute son activité professionnelle »⁷.

Il convient, pour apprécier le sens des évolutions ainsi d'ailleurs que les perspectives d'avenir des droits des fonctions publiques dans le Pacifique Sud décrites dans les savantes contributions du présent ouvrage (II), de bien mesurer tout d'abord celui de l'opposition des modèles de fonctions publique (I).

I. LE SENS DE L'OPPOSITION DES MODÈLES DE FONCTION PUBLIQUE

François Gazier insistait en 1972 dans son ouvrage *La fonction publique dans le monde* sur les principaux avantages pratiques prêtés à chacun des systèmes : « Sens du service public » et « compétences plus élevées » pour le modèle de « structure fermée »⁸ dont la « trame juridique a été conçue pour s'assurer du sens du service public des fonctionnaires, pour satisfaire les nécessités d'intérêt général qui n'ont pas pour finalité centrale la rentabilité et le profit »⁹; simplicité, souplesse et efficacité économique pour le modèle de « structure ouverte » où « en filigrane, il est recherché la flexibilité, la rentabilité et une certaine efficacité économique. »¹⁰ Si on la décline du point de vue de ses principales conséquences juridiques, comme l'a notamment fait Jean-Michel Lemoyne de Forges¹¹, l'opposition amène à insister sur trois caractéristiques fondamentales.

La première se déduit immédiatement de l'opposition entre le modèle « ouvert » et le modèle « fermé ». Le premier de ces modèles repose sur une logique d'emploi et le second sur une logique de carrière. On est recruté pour assurer une mission déterminée dans le premier cas et, comme le soulignait René Chapus, « l'inconvénient auquel il expose, celui du risque de ne pas disposer de professionnels de la gestion administrative, n'est guère sensible si on estime (comme c'est le cas aux États-Unis) qu'il n'y a pas de raison pour que la gestion des services publics diffère de celle des entreprises privées »¹². On est embauché pour consacrer, en principe, toute sa vie professionnelle à la chose publique dans le second cas.

La deuxième conséquence est logiquement impliquée par la première. Dès lors que l'emploi public n'est qu'une étape (voire une parenthèse) dans un parcours professionnel et que les travailleurs ont vocation à occuper successivement aussi bien des emplois publics que des emplois privés, le régime juridique applicable à ces différentes activités professionnelles doit être faiblement différencié. Tandis que l'organisation d'une carrière impose au contraire que soit développé un droit spécifique permettant d'organiser ladite carrière, du recrutement jusqu'au terme de celle-ci. D'où l'idée suivant laquelle la logique statutaire serait adaptée à la fonction publique de « structure fermée » alors que le recours au contrat (de droit commun) serait inhérent à la fonction publique de « structure ouverte ».

6 François Gazier, *La fonction publique dans le monde*, op. cit., p. 22 et s..

7 *Idem*.

8 *Idem*.

9 Antony Taillefait, « Fonction publique française : l'éloignement du système de la carrière », in Arnaud Haquet et Benoît Camguilhem (dir.), *L'avenir du statut général de la fonction publique*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 45 et s., spéc. p. 46.

10 *Idem*.

11 Jean-Michel Lemoyne de Forges, *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Droit Fondamental, 3^e éd., 1997, p. 39; voir également Fabrice Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. Corpus, 5^e éd., 2020, p. 57 et s.

12 René Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, Montchrestien, coll. Domat, 15^e éd., 2001, n° 157.

La troisième caractéristique, plus discutée, est celle de la politisation variable des agents publics¹³. Dans le modèle « ouvert », la logique dite du *spoil system* est étendue tandis que dans le modèle « fermé » la neutralité des agents est davantage valorisée. Comme a pu le résumer Gwénaële Calvès, dans le modèle « ouvert » les agents publics « sont réputés servir non pas l'État mais le peuple [et] on se résigne mal à les voir échapper à toute sanction électorale directe ou indirecte »¹⁴. Alors que dans le modèle « fermé », le fait de servir l'État et non une autorité politique déterminée et de conserver un emploi public nonobstant les éventuelles alternances politiques impose davantage de neutralité et de retenue. Antony Taillefait souligne en ce sens que « comme les liens avec le pouvoir politique sont durables, la fonction publique à structure fermée est par principe tenue par une neutralité politique assez exigeante. La permanence dans les fonctions ne fait pas craindre l'arbitraire du politique »¹⁵. Symétriquement, la politisation de la fonction publique « ouverte » est nettement plus acceptable.

Renaud Denoix de Saint Marc a très clairement résumé les enjeux attachés aux différentes conceptions de la fonction publique et a su les ramener à leur dimension essentielle, qui est de nature politique au sens le plus noble du terme. Il voit en effet dans le degré de particularisme du droit applicable à ce que l'on nomme en France les agents publics *lato sensu* (ce qu'un anglo-saxon nommerait probablement les *public servants*, catégorie incluant les *civil servants*) un véritable révélateur de la place de l'État :

*La façon dont sont régis les rapports entre l'État et ses agents est révélatrice de la conception même du rôle de l'État dans la société. Si, dans un pays donné, l'État n'est pas soumis à des sujétions et ne bénéficie pas de droits différents de ceux d'un employeur privé, et si, par conséquent, l'état de fonctionnaire n'est pas différent de celui de salarié, il y a de bonnes raisons de penser que, dans ce pays, la place de la puissance publique est bien réduite. En revanche, si tout oppose le statut juridique et social du fonctionnaire et celui du salarié, si les relations entre l'État et ses agents sont totalement dérogatoires au droit commun du travail, alors l'État en question pourra être réputé affirmer fortement son rôle dans la marche du pays.*¹⁶

Comme l'indiquait déjà Roger Grégoire au début des années 1950, « notre conception de la Fonction publique reflète notre conception de l'État »¹⁷. Et on peut également, à l'instar de Robert Catherine quelques années plus tard, estimer que la conception « fermée » de la fonction publique repose sur une forme de « “sublimation” du service de l'État [qui] ne se retrouve pas [...] dans la conception américaine des rapports entre les fonctionnaires et l'État »¹⁸.

Autrement dit, le degré d'ouverture ou de fermeture d'une fonction publique repose sur la dimension plus ou moins libérale – au sens économique du terme – d'une société déterminée et sur la conviction (ou l'absence de conviction) que servir l'intérêt public est (ou n'est pas) une mission de même nature que celle consistant à satisfaire des intérêts privés. On ne s'étonnera donc pas que l'heure soit davantage à l'ouverture qu'à la fermeture des différentes fonctions publiques, le « tournant managérial des États »¹⁹, notamment observé en Europe, n'ayant pas épargné les fonctions publiques du Pacifique Sud.

13 Christian de Visscher et Gauthier Le Bussy, « La politisation de la fonction publique : quelques réflexions d'ordre comparatif », *Pyramides*, n° 3, 2001, p. 61 et s.

14 Gwénaële Calvès, « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ? », in Conseil d'État, *Rapport public 2003*, La documentation Française, 2003, p. 389 et s., spéc. p. 390.

15 Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 61.

16 Renaud Denoix de Saint Marc, *L'État*, PUF, coll. QSJ, 4^e éd., 2021, p. 81.

17 Roger Grégoire, *La fonction publique*, Armand Colin, 1954, p. 26.

18 Robert Catherine, *Le fonctionnaire français*, Albin Michel, 1961, p. 21.

19 Cédric Hugrée, Etienne Penissat et Alexis Spire, « Les différences entre salariés du public et du privé après le tournant managérial des États en Europe », *Revue française de sociologie*, 2015, p. 47 et s.

II. LE SENS DES ÉVOLUTIONS DES DROITS DES FONCTIONS PUBLIQUES DANS LE PACIFIQUE SUD

Deux remarques liminaires s'imposent ici. Aucun système de fonction publique n'est entièrement fermé. Et, symétriquement, aucun n'est complètement ouvert. C'est même le propre d'un type idéal que de ne jamais correspondre entièrement à la réalité empiriquement observée. Renaud Denoix de Saint Marc souligne à cet égard que :

[...] dans la réalité, on ne rencontre aucune de ces deux situations extrêmes. Même dans les États les plus libéraux, certaines catégories d'agents de l'État sont régies par des principes étrangers aux relations entre employeurs et salariés du commerce et de l'industrie. Dans les pays les plus portés à doter l'État et les autres personnes de droit public d'un statut spécial, fondé sur la puissance publique, des relations de droit privé sont concevables entre l'État et certains de ses agents ; en outre, même dans ces pays-là, le droit spécial qui s'applique aux agents publics tend à se rapprocher de celui qui régit les salariés de droit privé.²⁰

Sans doute convient-il de distinguer, au sein des fonctions publiques du Pacifique Sud, deux sous-ensembles relevant de traditions juridiques (on n'ose écrire de « familles », l'expression étant très discutée parmi les spécialistes de droit comparé) différentes comme le confirme le plan du présent ouvrage : celles relevant des États du Pacifique Sud d'une part et celles faisant partie des outre-mer français d'autre part.

Les premières s'inscrivent pour l'essentiel (le cas du Vanuatu est historiquement très original²¹) dans ce que l'on a pu nommer les *anglo-american civil service systems*²². L'influence de la colonisation britannique a historiquement conduit à la reprise du « *civil service* », emprunt de bureaucratie et gouverné par la neutralité politique²³, tout en laissant une part importante à la logique de l'emploi. Toutefois, le degré d'ouverture des fonctions publiques de ces États océaniques s'est clairement accru ces dernières décennies, en particulier en Australie et en Nouvelle-Zélande dont nul n'ignore le poids démographique et économique dans cette région du globe. Les lecteurs français disposent à cet égard du témoignage, dont l'intitulé est quelque peu trompeur²⁴ mais dont le contenu est très révélateur, du conseiller d'État Xavier de Lesquen sur la situation néo-zélandaise : *État de choc. Un pays sans fonctionnaires*²⁵. Le cas de l'Australie est également tout à fait signifiant²⁶. Comme a pu le résumer Richard Shaw, la logique du *New public management* ou Nouvelle gestion publique s'est imposée et s'inscrit dans une perspective d'ouverture de la fonction publique : Elle fait en effet « référence à l'application (et souvent à l'adaptation) des méthodes et techniques de gestion du secteur privé aux processus d'allocation des ressources dans le secteur public [...] Cela a entraîné une déréglementation de la fonction publique australienne par l'application au secteur public des conditions d'emploi et de travail du secteur privé »²⁷. On peut également mentionner, certes dans une moindre mesure, les évolutions identifiées dans des

20 Renaud Denoix de Saint Marc, *L'État*, op. cit., p. 81-82.

21 Voir la contribution de Michal Krakat dans cet ouvrage.

22 John Halligan (dir.), *Civil service systems in anglo-american countries*, E. Elgar, 2003.

23 Paul-Marie Gaudemet, *Le civil service britannique*, Cahier de la Fondation National des Sciences Politiques, Armand Colin, 1952, 176 p. Voir également Karine Abderemane, Antoine Claeys, Elise Langelier, Yseult Marique, Thomas Perrou, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruylant, coll. Manuels, 2019 ; Jean-Philippe Fons et Jean-Pierre Meyer, *La flexibilité dans les fonctions publiques en Angleterre, en Allemagne et en France. Débats, enjeux, perspectives*, La documentation française, coll. Enjeux et perspectives, 2005, 135 p., spéc. p. 31-38.

24 Dès lors que les « *people working in public service* » sont soumis à des règles spécifiques (voir en particulier le *Public Service Act* de 2020).

25 Xavier de Lesquen, *État de choc. Un pays sans fonctionnaires*, Editea, 2008.

26 Richard Shaw, « La nouvelle gestion publique en Australie : passé, présent et futur », *Pouvoirs*, n° 141, 2012, p. 117 et s.

27 *Idem*, p. 121. Voir également la contribution de Narelle Bedford dans cet ouvrage.

États de taille plus réduite (Fidji, îles Cook, îles Salomon, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, Vanuatu) où la logique d'ouverture a notablement progressé²⁸.

Les secondes, les fonctions publiques des outre-mer français du Pacifique Sud, n'ont pas échappé au mouvement d'ouverture qui touche, depuis plus d'une dizaine d'années, la fonction publique française. Si les fonctions publiques des outre-mer français du Pacifique Sud obéissent à des règles partiellement distinctes de celles applicables en métropole (l'autonomie de ces territoires étant toutefois variable, en cette matière comme dans d'autres), les principes cardinaux de la fonction publique française trouvent toutefois encore à s'appliquer. Le Conseil d'État a ainsi rappelé, à propos de la Polynésie française, que le principe d'égale admissibilité aux emplois publics faisait obstacle à la consécration d'un droit inconditionnel à la titularisation des contractuels de droit privé en cas de transfert à une personne publique d'une entité économique employant ces agents²⁹. De même le Conseil constitutionnel a-t-il récemment veillé à ce que la loi du pays du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie respecte les exigences de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁰.

Il était dès lors inévitable que les coups de boutoir portés à Paris au « système de fonction publique fermée [...] modèle cristallin de l'idéal statutaire »³¹ aient également des répliques dans le Pacifique Sud. On ne peut toutefois qu'être frappé par le fait que les réformes françaises, si elles sont tout sauf anecdotiques, avec en particulier le développement du recours à des contractuels de droit public³² et l'avènement des accords collectifs en complément des textes statutaires³³, sont à la fois plus tardives et nettement moins importantes que celles opérées en Nouvelle-Zélande et en Australie par exemple³⁴. Il est à cet égard particulièrement significatif de constater que le législateur français a fait le choix, à rebours de ce que préconisait le comité CAP 2022³⁵, de développer en 2019 le recours à des contractuels de droit public (dont les textes récents organisent une forme de carrière) plutôt qu'au droit « commun » du travail. Se développe ainsi, pour reprendre l'heureuse expression de Charles Fortier, une « quasi-carrière de l'agent public contractuel »³⁶. La Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna³⁷ se sont également inscrits dans ce sillage et ce non sans paradoxe au regard du discours néo-managérial. Alors que les agents contractuels de ces outre-mer avaient historiquement été soumis aux droits métropolitain ou locaux du travail, les réformes récentes les ont transformés en contractuels de droit public. L'ouverture des fonctions publiques métropolitaines et des outre-mer du Pacifique Sud demeure ainsi relative, et nettement moindre que celle observée depuis plusieurs décennies maintenant en Australie ou en Nouvelle-Zélande.

28 Graham Hassall, « Special Issue on public sector enhancement in Pacific Island states », *Asia Pacific Journal of Public Administration*, vol. 40, 2018, p. 207-269.

29 CE, Sect., 8 mars 2013, *Syndicat des cadres de la fonction publique*, n° 355788, *Rec.*, p. 25.

30 CC, décision n° 2021-7 LP du 1^{er} avril 2021, *Loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie*.

31 Antony Taillefait, « La fonction publique est-elle menacée ? », Colloque UbiDEM - ENS Rennes, *La réforme*, 15 septembre 2017, *Revue générale du droit* (https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/coll_rennes_20170915_taille.pdf) (consulté @juillet 2021).

32 Emmanuel Aubin, « Le contrat, avenir de la fonction publique ? », *AJDA*, 2019, p. 2349.

33 Florian Roussel, « La contractualisation des accords collectifs dans la fonction publique. Une avancée historique mais prudente », *AJDA*, 2021, p. 1013 et s.

34 Pour des mises en perspective Charles Fortier (dir.), « Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ? », Dalloz, coll. Thème et commentaire, 2014 ; Arnaud Haquet et Benoît Camguilhem, *L'avenir du statut général de la fonction publique*, op. cit.

35 Comité Action Publique 2022, « Service public. Se réinventer pour mieux servir. Nos 22 propositions pour changer de modèle », juin 2018, spéc. p. 37 : « Il n'y a pas de spécificité telle du secteur public qui nécessiterait de créer un autre type de contrat à côté du statut ».

36 Charles Fortier, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. Mémento, 2020, p. 128.

37 Voir respectivement les contributions de Grégoire Calley, Charles Froger et Edwin Matutano dans cet ouvrage.

Il semble au final possible d'observer un mouvement, d'intensité variable mais de direction identique, d'ouverture des fonctions publiques dans le Pacifique Sud. Le curseur bouge ainsi dans la mise en œuvre des deux modèles théorisés il y a maintenant un demi-siècle.

PARTIE 1

LES FONCTIONS PUBLIQUES DES ÉTATS DU PACIFIQUE SUD

The Australian Public Employment System

Narelle Bedford

Bond University, Australia

Australia adopted the Anglophone legal system of the common law, and this in turn, has influenced the development of Australian public sector employment. Public sector employment in Australia is created and regulated by an Act of Parliament.¹ The current Act is the Public Service Act 1999 (Cth), but the first iteration was passed in 1902 —a mere 120 years ago. This Anglophone legal tradition forms the basis of historical determinants for the development of public sector employment in Australia. Other historical determinants include the impact of the written Constitution, the Federal structure, and the consequent division of power between levels of government in Australia.

Australia presents as an interesting and increasingly complex model of public sector employment in the South Pacific region. Its evolution has been strongly influenced by its history of colonisation and its adoption of the common law system. The regulatory model for public sector employment is structured not only on legislation but operates holistically in conjunction with other obligatory instruments such as the Australian Public Service Values and Code of Conduct, alongside elements of a contractual model featuring private sector inspired initiatives such as performance assessment and performance-based remuneration bonuses. While historically public sector working conditions were determined by a collective bargaining process, more recently it has been marked by the liberalisation of individual contracts under the so-called “Work Choices” reforms. In other aspects, the public sector in Australia has taken the lead over the private sector in many socially important areas such as gender equality, First Nations representation and celebration of the benefits of diversity, inclusive recruitment, and clear transparent, merit-based career pathways.

The ideological determinants for the public sector in Australia are grounded in foundational principles such as the separation of powers, accountability (which is closely linked to good governance), and independence. The separation of powers is entrenched in the written Constitution, which prescribes different roles and powers to each of the legislative, executive, and judicial branches of government. Accountability encompasses the notion that governments should be overtly responsible and face the consequences of their decisions. In the context of the public sector, independence refers to the separate professional roles and distance between the permanent public service career officials who provide fearless and frank advice based on the public interest, in contrast to the elected Ministers who represent political parties and are answerable directly to the electors. In Australia, public servants are expected to implement the laws and policies of the democratically elected government, and not be driven by any other agenda. That environment is obfuscated by the existence of certain staff in Ministerial offices, who are political advisors and not public servants. These staff create complications for accountability as they are not subject to the same rules and principles as govern career public servants. That

¹ The author’s gratitude is formally recorded to Dr Lachlan Strahan (a member of the Senior Executive Service of the Australian Public Service) and Dr Wendy Bonython (a colleague in the Faculty of Law at Bond University) for their insightful comments on the final draft. Grace Scanlon, a Bond law graduate, provided diligent research assistance which was invaluable in shaping this article. Her enthusiasm, and respect, for the Australian Public Service is admirable.

blurriness is further compounded by the fact that departmental liaison officers and ministerial advisers occupy shared workspaces within the Ministers Office, but are bound by very different objectives, functions, and restrictions —notwithstanding their physical proximity.

To be responsive to societal changes, all public sectors must remain adaptive and reflective regardless of what country they operate in. One important positive feature of the Australian public sector with a key role in adaptation and reflection is the existence of a centralised, apolitical, coordinating body called the Australian Public Service Commission (APSC). This body exists to counter the « siloing » effect of departmentalism. Its self-proclaimed role is to “promote high standards of accountability, effectiveness and performance” in the public sector. This analysis is divided into six parts. Firstly, the introduction identifies the broad themes to be explored. The second part will provide an explanation of the origins of Australian public sector employment, noting the lived experience of First Nations peoples in Australia and its colonial-settler history. The third part denotes the evolution of public sector employment in Australia and charts the important phases in its development. The fourth and fifth parts respectively make submissions on the strengths and weaknesses of the Australian public sector. The final part of the analysis outlines the future challenges confronting the public sector and draws overall conclusions about its performance of core functions and expectations.

I. THE ORIGINS OF AUSTRALIAN PUBLIC SECTOR EMPLOYMENT

Prior to federation between the States which created the Nation of Australia, each state had a colonial administration that performed all public duties in that State. Upon federation, Australia co-opted many of the political and legal systems already existing in the coloniser —the United Kingdom (UK). Therefore, the Australian Public Service (APS) is unsurprisingly a variant of the UK’s Westminster Parliamentary system blended with features of the Whitehall model.² The term « Whitehall » is used as a metonym or substitute term for the structure of the UK civil service (referencing the original building which historically housed the civil service). More modern terms sought to acknowledge the influence of the US system in Australia, such that it can be common to hear the APS described as “Washminster”, being a blend of Washington and Westminster.

In its earliest antecedents, the public sector in Australia was part of the colonial authority and rule imposed upon First Nations peoples and the settler population. Thus, in its earliest form, the public sector in Australia was “paternalistic” in nature and operated as a “colonial autocracy”, as the colonies were administered by appointed Governors (with subordinates) who reported and were responsible to the UK government.³ At this stage of Australian history, the central role of the public sector was regulation and the provision of services to the public.

Upon achieving nation status and thereby independence, Australia’s written Constitution, which provided the overall structure of its political, parliamentary, and legal system, took effect. Although the public sector is not referred to directly by name in the Constitution, it is incorporated within Chapter II of the Constitution, which is titled Executive Government. Specifically, section 61 of the Constitution declares: “The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen’s representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth”. The important keywords of note are “execution and maintenance ... of the laws”, as these words encapsulate the essential function of the Australian public sector, namely, to implement and uphold the laws as passed by Parliament.

² John Halligan (ed.), *Civil Service Systems in Anglo-American Countries*, Edward Elgar, 2004.

³ *Ibid*, 71.

Another feature that is determinative for the Australian public sector is the federal nature of Australia. In addition to a Federal public sector (the APS), there are also complementary public sectors established and now operating in each of the six States and two Territories. The division of responsibility between these public sector levels can, at times, be confusing. For example, during the Covid 19 crisis, it has been interesting to observe that there are Departments of Health functioning at all of the Federal and State/Territory levels, with each performing a vital role within geographical boundaries, while ensuring no duplications exist. For the purposes of this analysis, however, all commentary is confined to the Federal APS.

Even at the earliest points in the development of the public sector in Australia, there was widespread concurrence with the principle that there needed to be a separation between elected politicians and the unelected, non-political officials who implemented government laws and policies. Therefore, Ministers assumed control and oversight of the public servants because ministers alone were subject to political accountability through the electoral processes. Thus, while the separation of powers traditionally refers to the division of power between the Parliament, executive and judiciary, it also has a resonance in the context of the division between the elected executive (Prime Ministers and Ministers) and the public sector career employees.

Those employees were grouped by function and subject area into departments, which endure still as the basic units of Australian public sector organisation. There were only seven original public sector departments in existence in 1901. They were: AttorneyGeneral's (which implemented laws and provided advice on the law and justice sector), Defence (which implemented laws and provided advice on national security), External Affairs (which implemented laws and provided advice on international relations and diplomacy), Home Affairs (which implemented laws and provided advice on domestic issues and national borders), Trade and Customs (which implemented laws and provided advice on international trade and commerce), Postmaster-General's (which implemented laws and provided advice on the nation's domestic and international postal service), and Treasury (which implemented laws and provided advice on financial regulation and the economy).

The very first appointments to the Australian public sector were made under section 67 of the Constitution, which is titled "Appointment of Civil Servants" (although the Constitution uses the term civil servants in the title, this term is no longer widespread in Australia. The current prevalent term is public servants). The words in section 67 itself acknowledged that this initial appointment arrangement was not sustainable in the longer term, as it expressly stated, "until the Parliament otherwise provides". Therefore, in the first calendar year following federation, 1902, the Federal Parliament passed an enabling Act. The original legislation regulating public sector employment was the Public Service Act 1902 (Cth), while a different Act covered private sector employees.⁴ The Public Service Act contained provisions covering all aspects of public sector employment, including terms and conditions of employment and career advancement. At the time of the draft Act's introduction to Parliament, the Minister explained a key goal of the legislation: "The system [adopted] was instituted with a view if possible of removing the semblance of political influence. But I do not think that it is a good thing to substitute for that influence social influence, in regard to which neither Members of Parliament nor the public can exercise any control".⁵

⁴ The original Act applicable to public sector employees was the Public Service Act 1902 (Cth) and the Commonwealth Workmen's Compensation Act 1912 (Cth), while the original Acts applicable to private sector workers were the Conciliation and Arbitration Act 1904 (Cth) with private sector employees covered by various State workers compensation Acts.

⁵ Parliament of Australia, Hansard, Second Reading Speech, 13 June 1901, Sir William Lyne MP (Minister for Home Affairs and the Minister Responsible for the Public Service), 1080.

As the Australian population grew and society became more complex, correspondingly, there was the emergence of more departments and the expansion of the organisational structure into more diverse types of agencies (for example, Authorities, Centres, Commissions, Bureaus, Boards, Foundations, Institutes, Offices, and Organisations). Logically, this led to an increase in the size of the public sector. This trend of expansion into differentiated subject matter specific organisational units has been termed “departmentalism”. Departmentalism resulted in the emergence of specialist career public servants, who were valued for their long term perspective and technical expertise in particular areas of public administration.

In 1999, the Australian government decided to comprehensively reform the legislation governing the Australian public sector. The Minister explained the rationale for the passage of a new Act to regulate public sector employment in 1999 as: “The modernisation of the principal legislation regulating the Australian Public Service... is a vital element of this Public Service reform agenda. The current Act is over 75 years old and has been amended on a piecemeal basis more than a hundred times. It looks back to a bygone age rather than forward to the next century”.⁶

From the earliest origins of the Australian public sector, the legislative regime governing the public sector has been different from general employment laws covering private sector workers.⁷ This division between public and private workers has endured and is still in existence. Recruitment into the Australian public sector can occur at all career classifications, with vacancies openly advertised and accessible to all Australian citizens, including those currently in the private sector but with relevant knowledge and experience. The Australian public employment system features a majority of public servants holding permanent tenure —this means that subject to reasonable work performance, they hold a position until they reach retirement age. Although, despite this framework, there have been some recent examples of permanent/tenured employees have been made redundant, independent of work performance.⁸

II. THE EVOLUTION OF AUSTRALIAN PUBLIC SECTOR EMPLOYMENT

Since the origins of the Australian public sector coincided with the birth of the nation, the public sector has grown as Australia’s population and complexity has increased. Statistics from the APSC record that in 2020 there were 148,736 public servants, of whom 88.4% were permanent, and 11.6% were non-ongoing.⁹ This is connected to the point made above, that a clear majority of APS employees have guaranteed job security (but noting the recent phenomenon noted in the paragraph above).

In terms of age distribution, 33.1% of APS employees were over 50 years old. This statistic has gained attention for being disproportionate to the age distribution in the general population. It raises the concern of an ageing APS workforce, trying to develop policies in response to rapidly changing domestic and international circumstances.

In terms of geographic distribution, although public servants are based throughout Australia, the largest concentration of public servants can be found in the Australian Capital Territory at 38.2%. This feature of the APS is notable as its existence counters criticisms of centralisation and the complaint that the APS workforce is detached from the reality of the lived experience of Australians in our large capital cities (such as Sydney, Melbourne, and Brisbane), and also those in regional centres, and rural dwellers. The current government has a dedicated Minister

6 Parliament of Australia, Hansard, Second Reading Speech, 30 March 1999, Dr David Kemp MP (Minister Assisting the Prime Minister for the Public Service), 4683.

7 Refer note 4.

8 APS Employment Data, 30 June 2020, Table 71, Separation of Ongoing Employees.

9 APS Employment Data, 31 December 2020, 2.

for Decentralisation and a policy of decentralisation, both of which are designed to ensure greater connectivity by the APS to all parts of Australia, enhanced economic impact and job opportunities, and more targeted service delivery to regional and remote areas.

Regarding frequency or patterns of work in the public sector, 80.2% of the APS were full time, 13.9% were part-time, and 5.9% were casual. The distribution across classification levels were 71.4% at the general levels (with 16.1% at the very lowest levels) compared to 26.7% at the “executive levels” and 1.9% at the highest classification of the “senior executive service”.

The analysis will now examine those specific areas where a marked evolution has occurred in the APS.

1. Code of Conduct and APS values

Alongside the growth in the size of the APS, there has also been refinement in the legislation which governs Australian public employment, which importantly now contains the binding Australian Public Service Values and the Code of Conduct.

The APS Values are set out in section 10 of the Public Service Act 1999, and thus they have legislative status. The values are mandatory for all APS employees and are intended to embody the principles of good public administration. These APS values were most recently revised in 2013, with the aim to comprise a smaller set of core values that are meaningful, memorable, and effective in driving change. The current values are:

- Committed to service – The APS is professional, objective, innovative and efficient, and works collaboratively to achieve the best results for the Australian community and the Government.
- Ethical – The APS demonstrates leadership, is trustworthy and acts with integrity in all that it does.
- Respectful – The APS respects all people, including their rights and their heritage.
- Accountable – The APS is open and accountable to the Australian community under the law and within the framework of Ministerial responsibility.
- Impartial – The APS is apolitical and provides the Government with advice that is frank, honest, timely and based on the best available evidence.

Similarly, the APS Code of Conduct is detailed in section 13 of the Public Service Act 1999, and thus the Code also has legislative status. In a neat symmetry, the Code of Conduct defines 13 key responsibilities of all public servants. It reinforces the values by making explicit the expectations of how all public servants must behave.

The consequences for breaching the mandatory APS values and Code of Conduct can be serious. APS employees who breach the Code of Conduct can be terminated, demoted (by having their classification reduced), re-assigned, fined, or have their salary reduced under provisions contained in section 15 of the Public Service Act 1999.

Operating concurrently is policies in certain public sector organisations, which also have their own independent codes and values. The Department of Defence for example has the Defence Values (known by the acronym PLICIT: representing Professionalism, Loyalty, Integrity, Courage, Innovation and Teamwork), which form part of the conditions of employment.

2. Gender equality

The evolution in the treatment and recognition of women in the APS is particularly remarkable. Previously, the public service laws contained a punitive provision that operated to entrench disadvantage against women in the APS. A section in both the 1902 and 1922 Acts stated that every female officer was deemed to have retired from the public service upon her marriage,

regardless of her performance, expertise or wishes to continue employment. This was referred to as the “marriage bar”. In November 1966, Australia became the last democratic country to lift the legislated marriage bar.

Statistics from the APSC record that in 2020 there were 148,736 public servants, of whom 59.9% were female, and 40.1% were male. It is further notable that the APS employment database classifies data into three categories of gender: Female, Male and X, where X represents individuals who are indeterminate, unspecified or intersex.¹⁰

Whilst there is undoubtedly leadership support for gender diversity in the APS, and there has been the formulation of strategies to achieve these outcomes,¹¹ research has revealed changes to work practices, narratives, and informal patterns have been less successful.¹²

While women now comprise the slight majority of Australian public sector workers, gender distribution across the classification scale still does not reflect true equality. Women have reached parity with men at the lower classification levels up to the executive level. In an encouraging sign of progress in equality, in 2020, for the first time in the history of the APS, women have achieved parity at one of the senior executive service levels —although not the two highest levels. Individual departments have the capacity to develop their own approaches to address this phenomenon, for example the Department of Foreign Affairs and Trade Women in Leadership Strategy.¹³

This representation of women at the highest levels is significant for many reasons. In particular, recent research has demonstrated that a trickle-down effect can be influential when women hold senior ranks in the public service.¹⁴ Therefore, one evidence-based suggestion for the future is that public sector departments should consider appointing women to senior roles as a top-down strategy for increasing organisational gender diversity.¹⁵

3. Indigenous Initiatives and Other Diversity Targets

There is a legislative requirement for the APS to recognise the diversity of the Australian community in the APS Employment Principles contained in section 10A of the Public Service Act 1999. Those principles also require that the public sector be free from discrimination, patronage, and favouritism. Therefore representation of diversity in the APS remains an ongoing commitment. The need to represent diversity in the public service is based on the logic that a public sector that better reflects the population it serves is likely to be more understanding and capable of effective service. The potential benefits of a diverse workforce include that previously or currently marginalised individuals bring unique perspectives to the workplace, adding wisdom and insight to the collective knowledge, which ultimately enhances efficiency, effectiveness, and productivity. To those ends, the Australian Government has developed specific policies which focus on improvements and goals for Indigenous Australians and Australians with a disability.¹⁶

¹⁰ APS Employment Data, 31 December 2020, 2.

¹¹ Australian Government, “Balancing the Future: The Australian Public Service Gender Equality Strategy”, 2016–2019.

¹² Sue Williamson and Linda Colley, “Gender in the Australian Public Service: Doing, Undoing, Redoing or Done?”, *Australian Journal of Public Administration*, 2018, vol. 77, p. 583–593.

¹³ Department of Foreign Affairs and Trade, “Women in Leadership Strategy: Promoting Equality and Dismantling Barriers”, November 2015.

¹⁴ Jill Gould and alii, “Gender Diversity from the Top: The Trickle-Down Effect in the Australian Public Sector”, *Asia Pacific Journal of Human Resources*, 2018, vol. 56, p. 6–21.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Australian Public Service Commission, *Commonwealth Aboriginal and Torres Strait Islander Workforce Strategy 2020–2024 & the APS Disability Employment Strategy 2020–2025*.

Statistics from the APSC record that in 2020 of the total public sector workforce, there were 3.4% Aboriginal and Torres Strait Islanders, 4% with a disability, and 22.2% born overseas. Although the APSC issued a positive caveat that “diversity data is voluntary; therefore, not all APS employees have responded to each field. As a result, diversity rates represent the proportion of employees who identify as belonging to that diversity group, and actual diversity rates may be underestimated”.¹⁷

Research has concluded that the APS has a good record of employing Aboriginal and Torres Strait Islander people (including through specifically identified recruitment and promotion processes in individual departments) compared to private sector employment.¹⁸ Whilst this is positive, there remains a need to:

*[...] increase the capability of the APS as a whole to utilise the unique skills and experiences of [the Indigenous] workforce and harness them to provide more effective service delivery to Indigenous people and communities but overall the APS is well-placed to provide sound and valuable employment outcomes for Indigenous Australians and positive economic outcomes for Indigenous families.*¹⁹

Other research has identified:

*[...] the challenge of Aboriginal and Torres Strait Islander public servants having unmet expectations about the opportunities available to contribute substantively to policy development and improved outcomes for Indigenous people and communities, alongside perceptions of being under-valued and underutilised within government.*²⁰

In terms of the evolution of the public sector towards inclusive for staff with disabilities and broader cultural diversity, research findings have held that there is “a significant gap [which] exists between the rhetoric of what the diversity management policy seeks to achieve and the reality experienced by employees in the areas of targeted recruitment, employee retention, and employee development.”²¹ Thus, the necessity of ongoing work and commitment is demonstrated to ensure the continued successful evolution of the APS on achieving diversity in its ranks.

4. Efficiency dividend

In response to concerns about the excesses of government and the cost of a burgeoning public service, in 1987, the Australian government determined to apply an “efficiency dividend” to the public service. An efficiency dividend is a percentage reduction in the operating budget of all public service departments and agencies, which is applied annually. A background note prepared by the Parliamentary Library in 2012 stated, “The efficiency dividend has been a feature of the Commonwealth budgetary landscape for 25 years and appears set to remain in place.”²²

The philosophy behind applying efficiency dividends is that the public service will be incentivised and motivated to find cost savings, which will benefit the public finances and the general public. It provides a stable, simple, and predictable method of determining the amount of the annual reduction in the operating budgets of individual public service departments.

¹⁷ APS Employment Data, 31 December 2020, 2.

¹⁸ Lynelle Briggs, “Indigenous Employment in the Australian Public Service”, 2006, p. 60.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Julie Lahn and Elizabeth Ganter, “Aboriginal and Torres Strait Islander People in Public Service Roles: Representation, Recognition and Relationships in Australian Government Bureaucracies”, *Journal of Australian Political Economy*, 2018, vol. 82, p. 133.

²¹ Zhanna Soldan and Alan Nankervis, “Employee Perceptions of the Effectiveness of Diversity Management in the Australian Public Service: Rhetoric and Reality”, *Public Personnel Management*, vol. 43, p. 543.

²² Parliament of Australia, Parliamentary Library, Background Note, The Commonwealth Efficiency Dividend: An Overview, 13 December 2012.

The efficiency dividend has been applied to the APS by successive governments of different political persuasions. The scale of the budgetary reduction has varied from 1 to 4%. The Australian Government has announced it will maintain the efficiency dividend at 2% in 2019–20 and 2020–21, reducing it to 1.5% in 2021–22 and 1% the following year. There will be exemptions for agencies with an average staffing level of below 200 and for several specific agencies; for example the National Disability Insurance Agency, Safe Work Australia, the Australian Signals Directorate, the Office of National Intelligence, as well as the Australian Broadcasting Corporation (ABC) and Australia’s multicultural and multilingual broadcaster, the Special Broadcasting Service (SBS).

Research into the efficiency dividend has concluded that the dividend is not without its flaws and that the mechanisms for driving efficiency warrant further exploration.²³ A more nuanced, individualised approach to the budget of each public sector department has been proposed as one possible alternative. This would counter the criticism that the efficiency dividend is a blunt instrument that does not sufficiently account for the circumstances of each public service work unit. Generally, though, there is an acceptance that the public sector must strive to be as efficient as possible, given the public service was established for the public’s benefit and reliant on taxpayer funds for its operation.²⁴ Recognition must also be accorded to the fact that “technological and organisational change constantly [inspires] new ways of doing things and improving productivity” and that the public service needs to embrace the opportunities arising from these dynamic efficiencies.²⁵

5. Workforce Strategy 2025

The ASPC recognises that public servants —and the capabilities they bring— are a key asset in delivering for the Australian Government and the Australian people. Therefore it has developed a workforce strategy covering the period until 2025 to ensure a forward agenda for the development of the public service.²⁶

The Workforce Strategy is a planning document that represents a public service-wide view on how to equip the APS workforce to tackle immediate and emerging challenges. It recognises that change is shaping every society and the public service, and how it performs its role. In particular, it records that the “shifting technological landscape and accelerated demand for skills and talent are all impacting the APS workforce”. Some of the rapid changes identified include: changing citizen demographics and expectations of government services and trust in public institutions; digital transformation shaping policy and service delivery responses, and the demand for rapid solutions; increasing demand for skills and talent in a highly competitive labour market; changing workforce profiles, altering work structures and employee expectations, and geopolitical challenges, requiring collaborative and adaptive responses by government, industry, and citizens.

The Workforce Strategy accepts that the APS workforce must continue to evolve to meet changing needs. Therefore, the Workforce Strategy highlights three key areas of focus through to 2025:

- Attract, build, and retain skills, expertise, and talent;
- Embrace data, technology, and flexible and responsive workforce models;
- Strengthen integrity and purposeful leadership.

²³ *Ibid.*

²⁴ Parliament of Australia, Joint Committee of Public Accounts and Audit, Report 413, *The Efficiency Dividend and Small Agencies: Size Does Matter*, December 2008.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Australian Public Service Commission, *Delivering for Tomorrow: APS Workforce Strategy*, 2025.

The Workforce Strategy contains numerous illustrative case studies, which focus on university graduate recruitment, building diversity in digital roles, developing the next generation of tech professionals, accessing talent in different areas and different work models, building centres of excellence in emerging fields such as behavioural economics, and developing strong leadership pipelines.

III. THE STRENGTHS OF THE AUSTRALIAN PUBLIC SECTOR

The strengths of the Australian public sector have been objectively studied and evaluated. Many of the strengths can be traced back to the evolution of the APS and the historical determinants of its structure and its clear, detailed legislative basis. The central role performed by the APSC is crucial to driving public sector-wide best practices and reforms.

Additionally, the Australian public sector has engaged in a variety of benchmarking exercises to ensure that its performance remains at a consistently high standard. For example, in 2009, KPMG, the international professional services firm, published a report benchmarking the APS performance against international public services.²⁷ The report found that the APS performed well against some of the world's leading public services. The report identified the following strengths of the APS generally: it was responsive to economic changes; independent and values-based; and successful on the proportion of women employed. Each of these strengths will be analysed in turn, concluding with an additional strength highlighting the oversight and accountability processes that apply across the APS.

In addition to the external assessment referred to in the above paragraph, in 2019, the APS was the subject of an independent review²⁸. It commenced with a strong statement that “the APS is a foundational institution of Australia’s democracy” and that “its proper functioning is essential to the future prosperity and security of all Australians and successive governments require the APS to perform efficiently and effectively in order to fulfil their responsibilities”. It emphasised that “the modern Westminster principles of government remain essential: an apolitical, merit-based, and open public service, underpinned by integrity, serving the Government, Parliament and the people of Australia. These principles must be reinforced and supported”. The Independent Review explicitly stated that the APS was “not broken”, but did identify six areas for improvement: more effective cooperation, guided by a strong purpose and clear values and principles; increased partnerships with the community and others to solve problems; improved use of digital technologies and data to deliver outstanding services, strengthening expertise and professional skills to become a high-performing institution; using dynamic and flexible means to deliver priorities responsively; and improved leadership and governance arrangements. This capacity for system-wide reflection and willingness to be open to external and independent scrutiny is an enduring strength of the Australian public sector.

The analysis will now examine specific strengths of the APS.

1. Change Management

In responding to rapid economic and social changes, the APS has benefited from a central coordinating body. The APSC’s purpose is to “position the APS workforce for the future to ensure it meets the demands and expectations of the Australian Government and people”. It aims to

²⁷ KPMG, “Benchmarking Australian Government Administration Performance”, November 2009: <https://catalogue.nla.gov.au/catalog/5977984>

²⁸ Department of Prime Minister and Cabinet, “Independent Review of the Australian Public Service: Our Public Service, Our Future”, 2019: <https://www.pmc.gov.au/sites/default/files/resource/download/independent-review-aps.pdf>.

“continuously improve people management, manager capability and professional development” in the public sector. It has been the source for important planning and developments such as the Workforce Strategy and the various diversity initiatives referred to in the above analysis.

Individual departments also have autonomy and can make their own staffing plans for the future. Interestingly, in the example of the Attorney-General’s Department, it has issued what it refers to as a “Corporate Plan” covering the period 2020-2024. Corporate plans are a forecasting and strategic technique, which originated in the private sector but have now been adopted by the public sector. Research that focused on change management strategies through in-depth case studies of six individual agencies was extrapolated to broad conclusions applicable across the APS.²⁹ It concluded that : “Agencies within a Westminster-based system such as Australia’s face a less complex political environment than their American counterparts. For the Chief Executive Officer of an Australian agency, the lines of accountability and control converge in the Minister, which means that change can be “driven through” the agency when there is strong ministerial support.”³⁰

2. Values and Integrity

The centrality of articulated principles and values underpinning the entire public service in the performance of its duties cannot be underestimated. This emphasis on integrity with meaningful consequences for non-adherence represents a cultural shift for the public sector from a historical focus on steering public policy to a modern and renewed commitment to serving the public good. The ethical standards expected for all public servants in Australia has been made openly transparent and publicly available. The KPMG Benchmarking report observed that a value-driven culture in the APS would lead to the retention of public trust and respect.³¹

3. Gender balance/equity/diversity

The KPMG Benchmarking report recorded that the APS’ workforce appears to have a higher proportion of women than comparator countries. In terms of diversity generally in the APS, it concluded that Australia performed at a medium level compared to other countries public sectors. APS wide strategies to increase recruitment, retention, and promotion of employees with diversity will ensure that this strength of the APS, especially when the comparator is the private sector rather than other public sectors, will continue to be upheld and improved in the future. The analysis of gender diversity as a key feature of the evolution of the APS above also explains the significance of the role of women in the APS.

Diversity, of course, extends beyond gender to cultural and linguistic backgrounds and people with a disability. On each of these important groups, the APS has strived to improve representation. The goal of inclusiveness is a journey rather than a destination, and constant reflection and adjustments will be necessary. For example, a recently published report by an independent think tank called the Lowy Institute found that Chinese Australians were under-represented in the APS and were therefore underutilised.³² It argued that Chinese-Australians are central to Australia’s China literacy and its future engagement with the rising global superpower.

29 Jenny Stewart and Paul Kringas, “Change Management: Strategy and Values in Six Agencies from the Australian Public Service”, *Public Administration Review*, 2003, vol. 63, p. 675.

30 *Ibid*, p. 685.

31 KPMG, “Benchmarking Australian Government Administration Performance”, *op. cit.*

32 Yun Jiang, “Chinese Australians in the Australian Public Service”, *Lowy Institute Policy Brief*, 2021, p. 36.

4. Oversight and Accountability

Another key feature of the Australian public sector is the central cultural role of oversight bodies which can provide accountability over government departments and their operations and decisions. These institutions have been labelled as forming an “integrity branch” of government and include the Australian National Audit Office (ANAO), the Ombudsman, and the Administrative Appeals Tribunal. The ANAO reports directly to the Parliament rather than a Minister or the Prime Minister and reports on public administration, risks and compliance with public finance and other legislative requirements. It contains the central authority on public sector audit issues—the Auditor General. The Ombudsman helps to resolve complaints from individuals over their treatment or decisions made by the Australian government. It provides assurance that the public sector operates with integrity and treats people fairly. The Ombudsman can work on its own initiative and investigate any aspect of government operations. The Administrative Appeals Tribunal is an independent mechanism to review government decisions based on the facts and relevant laws. It operates differently from courts conducting judicial review and is designed to be accessible to the public, providing dispute resolution that is “fair, just, economical, informal and quick; proportionate to the importance and complexity of the matter; and promotes public trust and confidence in the decision-making of the Tribunal”.

This network of accountability institutions plays an important role in ensuring oversight and upholding accountability of the APS and its conduct and decisions. There have recently been calls to supplement this system by creating a federal anti-corruption commission with investigatory and remedial powers. However, this reform has not yet been enacted.

IV. THE WEAKNESSES OF AUSTRALIAN PUBLIC EMPLOYMENT

The KPMG report referred to in the above part also identified general weaknesses in the APS, which is carefully labelled as “opportunities to strengthen”. These were: the capability of the APS for coordinated, informed and strategic policy; its mechanisms for integrating external stakeholders into policy development and service design; and its understanding of government priorities through an overarching framework.

Each of the KPMG identified weaknesses will be considered in turn.

1. Capability for coordinated, informed and strategic policy

KPMG identified this opportunity to strengthen the APS based on the application of the Sustainable Governance Indicators (SGI). The SGI measures 30 OECD countries on their need for political and economic reform (based on an assessment of policy outcomes) and their capability to achieve reform. Principal concerns were that the Australian Government’s decision-making “was not guided by a strategic plan, it had not consulted meaningfully with a wide range of interest groups and that regulatory impact statements were applied only to new legislation”. Having articulated this weakness, KPMG then qualified it, noting that it was based on old data, and the OECD had since complimented Australia’s policy formulation processes.

Also bearing on the ability of the APS to provide independent policy advice is the trend of politicisation of appointments at higher levels of APS classifications. Politicisation at higher levels raises concerns about the independence of the public service due to the allegiance appointees may inadvertently owe to their Minister, which might be manifested in a lack of independent policy advice if it is assessed not to conform to the Minister’s political agenda.

Researchers have identified this concern as a weakness in the APS.³³ Indeed, public servants who are in the Senior Executive Service are currently employed on contract (that is an individual employment contract with a specified duration and defined end date). This enables the government to terminate their employment, making those officers vulnerable to governmental or Ministerial influence. Politicisation has, in turn, led to concerns about the overall capacity of the APS to provide rigorous policy advice.³⁴ The challenge for the future will be for the APS to devise mechanisms that obtain a balance between flexibility and retention of expertise to offer truly independent advice.

In this context, it is notable that the ANAO issued principles for evaluating policy advice in 2001, which expressly recommend that periodic external reviews be conducted on the policy advising functionality of the APS.

2. Mechanisms for integrating external stakeholders into policy development and service design

The APSC has in its public statements referenced Australia's participatory democracy, which forms the basis for the expectation of both government and the public that "external groups [will] contribute to the policy decision-making process itself and the planning for implementation, in addition to being kept informed of decisions and actions and the reasons for them". The importance of engagement with external stakeholders lies in the capacity to develop innovative policy agendas. KPMG noted that "this requires shared goals and incentives for collaboration. Consultation with those affected by policy changes and those with expertise in the area is essential".

In 2015, Peter Shergold (who formerly held the position of Secretary of the Department of the Prime Minister and Cabinet) conducted an independent review and produced a report titled *Learning from Failure: Why Large Government Policy Initiatives Have Gone So Badly Wrong in the Past and How the Chances of Success in the Future can be Improved*.³⁵ He presented 28 recommendations for improvement, which included creating a positive risk culture and embracing adaptive management. The report stressed the importance of integrating external stakeholders into policy development and service design, and other initiatives.

It should be noted that engagement of external stakeholders is a complex matter, as it is necessary to ensure that engagement does not lead to them exerting undue influence. This risk can lead to concerns over the impact of lobbyists on government policies, especially where lobbyists employ former senior politicians, who are recently retired from Parliament and remain well-connected to the government of the day.

3. Understanding of government priorities through an overarching framework

This last identified weakness was largely posited in reference to economic plans and is negated to a significant extent by the existence and activities of the APSC. The APSC will need to remain responsive to safeguarding an overarching framework for the APS which accords with current government priorities —not just in terms of economic plans.

33 Richard Mulgan, "Politicisation of Senior Appointments in the Australian Public Service", *Australian Journal of Public Administration*, 1998, vol. 57, p. 3.

34 Ann Tiernan, "Advising Australian Federal Governments: Assessing the Evolving Capacity and Role of the Australian Public Service", *Australian Journal of Public Administration*, 2012, vol. 70, p. 335.

35 Peter Shergold, "Learning From Failure: Why Large Government Policy Initiatives Have Gone So Badly Wrong in the Past and How the Chances of Success in the Future can be Improved", *Independent Review of Government Processes for Implementing Large Programs and Projects*, 2015.

V. FUTURE CHALLENGES AND CONCLUSIONS

The final part of this analysis will detect future challenges for the Australian public employment system. As a key national employer, the APS is uniquely positioned to make lasting contributions to the nation's future. It is a universal truth that the public sector is one of any nation's most important institutions. A well-functioning public sector services the national agenda and ensures the proper functioning of the nation's finances and laws.

The Australian public employment system, whilst based on legislation, has evolved to incorporate design features found in the private sector —such as regular performance assessment cycles and performance-based pay bonuses. Performance assessment cycles (also known as performance management) can be utilised to manage under performance, but the process of doing so through to the ultimate sanction of separation while balancing fairness to the individual officer will endure as a challenge for the future. These private sector-inspired reforms have not been without criticism, and whether they remain influential will be a question for the future.³⁶

There has been an increase in commercialisation in how the APS performs its public duties is not in doubt.³⁷ A different private sector tendency that will generate future challenges for the Australian public employment system is the increasing use of short-term contracts for staff employment. This can lead to precariousness and instability in the workforce resulting in decreasing depth of expertise. Further, institutional memory and knowledge can be lost when there is a high proportion of short-term staff.

A related concern is an increasing reliance on contracting out by the Australian government. This occurs when traditionally public functions are undertaken by the private sector but paid for by the government. Prominent recent examples which have generated public debate over transparency and expenditure of public money include contracts for the operation of Australia's offshore detention facilities and more lately the development of Australia's Covid mRNA vaccine manufacturing capability (where the global consultancy firm McKinsey and Co have been paid \$4 million to develop the business case and provide advice without an open process and relevant documents being available publicly).

The APS is acutely aware of the impact of population demographics and other global changes on the development and implementation of public policy. In 2021, the government commissioned an Inter-Generational Report.³⁸ Although predominantly focused on the economy and the budget, that report generated a 40 year outlook, which noted the enormous impact from the Covid 19 pandemic which had "caused the most severe global economic shock since the great depression".

Other future challenges for the Australian public sector include the potential use of artificial intelligence (AI) in public decision-making, or a related alternative referred to as automated decision-making. These processes have the attraction of freeing government's cost savings from reducing the staff input required to generate decisions in high volume subject areas. The use of these types of technology to automatically determine overpayment of welfare benefits generated a major controversy in Australia, which came to be known as "Robo-debt".

³⁶ Michael O'Donnell, "Creating a Performance Culture ? Performance-Based Pay in the Australian Public Service", *Australian Journal of Public Administration*, 1998, vol. 57, p. 28.

³⁷ John Dixon, Alexander Kouzmin and Nada Korac-Kakabadse, "The Commercialization of the Australian Public Service and the Accountability of Government: A Question of Boundaries", *International Journal of Public Sector Management*, 1996, vol. 9, p. 23.

³⁸ Australian Government, Treasury, "Intergenerational Report: Australia over the next 40 years", 2021: <https://treasury.gov.au/publication/2021-intergenerational-report>

In terms of the APS itself, whilst its career structure is hierarchical, recently, concerns have arisen regarding classification creep where staff are employed at higher pay-grade levels. In the decade to December 2012, the APS not only grew in overall numbers; there was also notable classification creep which may indicate that the public sector is becoming unbalanced and unnecessarily expensive.

Another looming issue for the APS is how to better respond to the needs of Australia's First Nations peoples. Arising from extensive community consultation is the proposal for a First Nations Voice to Government, also known as the *Uluru Statement*. It is centred on three pillars: Voice, Treaty and Truth. It prioritises the constitutional enshrinement of First Nations input, as opposed to a legislative model. The weakness of the latter is that legislation can be repealed as occurred with the Aboriginal and Torres Strait Islander Commission.

In addition to regular independent reviews, public sectors everywhere can benefit from benchmarking or comparative exercises with other public sectors —particularly in their own region. This analysis has explained the origins of the Australian public sector employment system and identified strengths, weaknesses and future challenges to help enable the comparison and learning from different public sector models throughout the South Pacific.

A vision between the local and the global: Inclusivity in Vanuatu's Public service culture

Michael B. Krakat

University of the South Pacific, Vanuatu

This chapter contains general reflections on the public sector in Vanuatu, its nature and vision. Vanuatu is a small island state located to the west of Fiji and the east of Australia. It comprises 82 small volcanic islands, 65 of which are inhabited, with a combined landmass of approximately 12,200 square kilometers. It is an archipelagic nation located in the Pacific Ring of Fire and within the center of the Pacific Cyclone belt, the world's number one most at-risk country for natural disasters, as measured by the UN World Risk Index.¹

Most of Vanuatu's growing population of today approximately 300,000 are indigenous (Ni-Vanuatu), of whom most are living in rural areas. Vanuatu's main town centers are its capital Port Vila on Efate-island and Luganville on Santo. There are three official languages (English, French and Bislama), with over 115 mother tongues being used across the islands. Vanuatu is one of the most culturally diverse nations in the world. Most of these cultures, especially in the outer islands, are rooted in traditional beliefs and ways of living. The majority of the population lives in non-urban subsistence communities.

The archipelago was claimed by Europeans in 1606: Portuguese navigator, Ferdinand de Queiros, landed on its largest island, naming it "Tierra Australia del Espiritu Santo". More than a century later, French explorer Louis-Antoine de Bougainville discovered more islands in 1768, naming the group "Les Grandes Cyclades". This was followed in the same year by the British explorer Captain James Cook giving them the name "New Hebrides".²

Since the mid-1820s, when sandalwood was discovered in Tanna, European interest spiked in the islands and traders, planters, as well as different denominations of church missionaries, especially British and French, began to arrive and settle. A rivalry to bring the islands under administration had begun between these two colonial powers. As a result, the archipelago became annexed by a joint administration, the so-called Anglo-French Condominium. This arrangement lasted until the 30th of July 1980, when the islands gained independence and were renamed into today's Vanuatu, a term established by the leaders of the Vanua'aku Party, which led the first independent government. Vanua means "land" in many of Vanuatu's languages, and translations of the new name include "Our Land".

Culturally as well as socially, Vanuatu is complex: It needs to be differentiated among the local ni-Van population, those from other islands of Vanuatu or from the greater region and other island states, as well as the so-called expat population stemming from all over the world such as Australia, China, the Americas or Europe. Given this history, the country has had a unique development in regards to its systems of governance. Broadly, there are three periods, pre-colonial, colonial and post-colonial. The pre-colonial period was one of traditional chiefdoms,

¹ Melissa Marchand, "From Blackbirding to Blacklisting", *Vanuatu Business Review*, 2021, p. 2-19.

² Ahmed Shukry Hussain, "Governance and Vulnerability in small island states", Thesis Philosophy in Development Studies, Victoria University of Wellington, 2008: <https://core.ac.uk/download/pdf/41336436.pdf>

an era that was in no need to identify with concepts such as nationhood vis-à-vis other nations but that was effectively a stateless era, governed by chiefs and so-called “big-men”.

The British-French condominium lasted 73 years. Neither colonial power had exclusive sovereignty in this time. Vanuatu was governed through the two different simultaneous systems of administration and judiciary, British and French, including courts, police, education, health and churches. For administrative purposes, Vanuatu became divided into four districts, with two different types of Local Government: The British Local Councils and the French Community Councils. The legacy of these two competing foreign powers is still strongly felt today in many ways, with political parties and the education system somewhat divided along old colonial lines. In addition, language, culture and economic disparities continue to be divisive factors in Vanuatu society.

This stage was then followed by independence, with the Republic of Vanuatu emerging as a Constitutional democracy. It works on the basis of universal suffrage for all citizens over 18 years old voting representatives into the single legislative chamber of Parliament. Parliament consists of 52 elected representatives representing its 17 constituencies. Between one to seven members are allocated, based on the population of each constituency, representing proportionally all island in the parliamentary elections that are held every 4 years.

The Constitution (1980) provides for legislative, executive and judicial branches of government, and also recognises a National Council of Chiefs (Malvatumauri). Members of the Council are elected from the District Councils of Chiefs. The Council acts as an advisory body for government institutions regarding traditions and customary issues, land and indigenous languages. Another important institution is the Ombudsman, appointed by the President with advice from the Prime Minister and other bodies.³

Vanuatu is effectively governed by a system of constitutional bodies and day-to-day participatory politics operating on national politics sitting on a foundation that is the chiefly system. Here, the established models of political government (and indeed the notion of a nation state itself) appear as somewhat fleeting, unfinished, even foreign to the pre-existing social and political fabric of Vanuatu society, leading to some chasm between politics and custom.

Traditionally, Vanuatu had tribal chieftainships, governed by tribal or clan chiefs through Nakamal, the sacred ceremonial meeting place for exchange of ideas and cultures, including the consumption of Kava. Kinship, chief culture, as well as to degree Nakamal, are still very much alive and important factors in social relationships and local governance today, especially in the outer islands. Some of Vanuatu's cultures follow matrilineal descent rules, while others follow patrilineal rules. Leadership on some islands depends on advancement within male dominated societies. In other islands, possession of chiefly titles or personal ability are relevant.⁴

There seems to be consensus that countries which managed to strengthen the quality of their institutions have outperformed others with weak institutional frameworks, and today there is a widespread understanding that institutional quality plays an important role in shaping the patterns of prosperity and economic development around the world.⁵

³ These include the Speaker of Parliament, Representatives of the political parties in Parliament, all Chairmen of the National Council of Chiefs, Local Government Councils, the Public Service Commission and Judicial Service Commission.

⁴ Howard Van Trease (ed.), *Melanesian Politics: Stael Blong Vanuatu*, Macmillan Brown Centre for Pacific Studies and Institute of Pacific Studies, University of the South Pacific, 1995.

⁵ Daron Acemoglu and James A. Robinson, *Why Nations Fail : The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, Crown, 2021, p. 529.

Extractive colonies are said to show weak or comparably weaker institutional frameworks than non-extractive colonies.⁶ As a colony, Vanuatu has experienced enslavement and export of human labor to other colonies, at times, losing more than half of its adult-male population on several islands due to the practice of Blackbirding.

While rich in culture and natural beauty, it is clear that Vanuatu is one of the world's poorest countries. It has recently graduated Least Developed Country (LDC), with a 2019 GDP per capita estimated by the International Monetary Fund (IMF) on a purchasing power parity basis of US\$ 2,889.22, being the 30th lowest globally.⁷

The OECD had Vanuatu declared Vanuatu as partially compliant with the international standard on transparency and exchange of information for tax purposes.⁸ Whether justified or not, the EU listed Vanuatu on its first tax Blacklist of 17 “non-cooperative jurisdictions for tax purposes” in 2017. This was followed by a place on the EU’s Greylist in January 2018, then again on its Blacklist since March 2019.⁹

While formal independence has been reached, especially in pandemic times, Vanuatu is somewhat dependant on foreign aid.¹⁰ As is the case with other Pacific-island countries, foreign donors continue to play a significant role in the economy as well as direction of governance.

At the same time, today, an entirely legal but highly criticized practice is supporting Vanuatu. Condemned by some as an inroad into the identity part of citizenship, but could also be viewed as the ultimate act of sovereign decision-making decreasing dependence on foreign aid: Vanuatu is earning almost half of its revenue from selling its visas and passports directly on a global market for membership entitlements. This means the sale of residence (visa) and citizenship (passports).¹¹ The reason for the sale of visa or citizenship (otherwise known as residence - and/or citizenship by investment), plain and simple, is revenue creation from the government holding the power over the concepts of citizenship. In times of global pandemics

6 Matthew Lange, James Mahoney, Matthias vom Hau, “Colonialism and Development: A Comparative Analysis of Spanish and British Colonies”, *American Journal of Sociology*, 111 (5), 2006, p. 1412-1462.

7 International Monetary Fund, « IMF Staff Concludes 2019 Article IV Mission to Vanuatu », *Press Release*, n°19/127, IMF, 2019: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2019/04/29/pr19127-vanuatu-imf-staff-concludes-2019-article-iv-mission-to-vanuatu>

8 OECD, « Bahrain, Lebanon, Nauru, Panama and Vanuatu have now committed to the international standard of automatic exchange of financial account information to tackle tax evasion and avoidance », OECD, 2016: <https://www.oecd.org/newsroom/bahrain-lebanon-nauru-panama-and-vanuatu-have-now-committed-to-the-international-standard-of-automatic-exchange-of-financialaccount-information-to-tackle-tax-evasion-and-avoidance.htm>

9 See eg. Marla Dukharan, “From Blackbirding to Blacklisting - The EU’s Ongoing Subjugation of Vanuatu”, *Medium*, 2021: ; Roneil Prasad, “Impact of the EU tax blacklist in the Pacific”, *Devpolicyblog*, 2021: <https://devpolicyblog.org/impact-of-eu-tax-blacklist-in-the-pacific-20210303/>.

10 See eg. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: Vanuatu 2019 (Second Round), 2019: <https://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-vanuatu-2019-second-round-dd70b774-en.htm>; Mark McGillivray, Elisabeth Poppelwell, Malin Niemi, John Salong, and Henry Vira, Evaluation of New Zealand’s Aid Programme in Vanuatu, Sapere Research Group, Ministry of Foreign Affairs and Trade, 2017: <https://www.oecd.org/derec/newzealand/New-Zealand-Vanuatu-CPE-9-August-2017-Public-version-FINAL.pdf>.

11 Specifically for Vanuatu, see the overly critical Euan Ward and Kate Lyons, “Citizenship for sale: Fugitives, politicians and disgraced businesspeople buying Vanuatu passports”, *The Guardian*, 2021: <https://www.theguardian.com/world/2021/jul/15/citizenship-for-sale-fugitives-politicians-and-disgraced-businesspeople-buying-Vanuatu-passports>; Generally, see Michael B. Krakat, “Genuine Links Beyond State and Market Control: The Sale of Citizenship-by-Investment in International and Supranational Legal Perspective”, *Bond Law Review*, 30 (1) 9, 2018, p. 145-184: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/BondLawRw/2018/9.pdf>.

and many sectors struggling, the sale of passports may be viewed as an important safety-net.¹² Vanuatu today benefits from its largely COVID-free status.¹³ The purchasers are interested in enhanced options of visa free travel through passport (or at least visa) diversification and, increasingly, because of safe havens for often instantaneous relocation without the need for lengthy naturalization periods.¹⁴

The IMF has assessed Vanuatu also in regards to its institutional weaknesses, which in turn may relate to public sector performance. Under Article IV of the International Monetary Fund's (IMF) Articles of Agreement, the IMF holds bilateral discussions with members, usually every year. A staff team visits the country, collects economic and financial information, and discusses with officials the country's economic developments and policies.¹⁵ In its 2021 consultations, the IMF has concluded as follows:¹⁶

The COVID-19 pandemic and major natural disasters hit the Vanuatu economy severely in 2020. Due to the authorities "decisive measures, Vanuatu has had no domestic transmission of COVID-19. However, the border closure dealt a heavy blow to tourism. Infrastructure projects have also been delayed. In addition, Tropical Cyclone Harold and a volcanic eruption in Tanna Island caused extensive damage the first half of 2020. Notwithstanding the authorities' policy responses, the reduction in travel receipts led to severe economic contraction. Strong receipts of the Economic Citizenship Programs (ECP) and donor support have helped mitigate the impact of the pandemic on fiscal and external balances.

The IMF Recommended that the « [a]uthorities should strengthen further legal frameworks and institutional capacities, especially [...] ECP due diligence, tax transparency, central bank autonomy and governance".¹⁷

Vanuatu today has scored a comparatively strong 39th rank on the Henley & Partners passport index, allowing for its citizens to visa-free-travel 135 countries.¹⁸ Vanuatu is a good global citizen, and is part of the global Commonwealth of Nations.¹⁹

Before this background, Vanuatu may pose as an important as well as complex example in regards to public service culture.

12 Michael B. Krakat, "The Case for Citizenship by Investment is never stronger than during times of crisis", *The Investment Migration Insider*, 2020: <https://www.imidaily.com/industry-trends/the-case-for-citizenship-by-investment-is-never-stronger-than-during-times-of-crisis/>

13 Michael B. Krakat, "What if, When Borders Re-Open, CBI Citizens actually move to their COVID-free Island havens?", September 23rd, *The Investment Migration Insider*, 2020: <https://www.imidaily.com/industry-trends/what-if-when-borders-reopen-cbi-citizens-actually-move-to-their-covid-free-island-havens/>

14 For the political science perspective on CBI absent doctrinal legal analysis, see in Ayelet Shachar, "Citizenship for Sale?", in Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad, and Maarten Vink (eds.) *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, 2017, p. 794-810.

15 International Monetary Fund, Articles of Agreement (2020) IMF, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/pdf/aa.pdf>

16 International Monetary Fund (IMF) Communications Department, "IMF Staff Concludes 2021 Article IV Mission to Vanuatu", 2021, July 23rd: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/07/23/pr21225-vanuatu-imf-staff-concludes-2021-article-iv-mission>; See for the OECD on ECP, Christian Nesheim, "IMC to OECD: Singling out RCBI-Countries 'Makes no sense and cannot be justified'" (2018) October 24th, *The Investment Migration Insider*: <https://www.imidaily.com/uncategorized/imc-to-oecd-singling-out-rcbi-countries-makes-no-sense-and-cannot-be-justified/>

17 *Ibid.*

18 This is compared to the 1st ranking Japan's passport which allows access to 195 countries visa free, more than Qatar with rank 59 and 97 countries, and more than Afghanistan which ranks last on the 116th place and 26 countries. Vanuatu has experienced an improvement from rank 40 and 130 countries in 2020 and 45 and 113 in 2017: The Henley Passport Index Q3 2021: https://www.henleyglobal.com/storage/app/media/HPI/HENLEY_PASSPORT_INDEX_2021_Q3_INFOGRAPHIC_GLOBAL_RANKING_210621_1.pdf.

19 The Commonwealth, Member countries Vanuatu : <https://thecommonwealth.org/our-member-countries/Vanuatu>

I. THE VANUATU PUBLIC SERVICE COMMISSION

In Vanuatu, the agencies responsible for the employment of public officials comprise four separate commissions, being the Teaching Service Commission, the Police Service Commission which employs police and military staff or the Judicial Service Commission which employs officers of the judicial services.

The Vanuatu Public Service Commission (PSC) then is responsible for the recruitment and the discipline of public servants and for the selection of public servants to undergo training in-country or overseas.²⁰ Overall, the PSC is to govern a system of merit-based employment.²¹

The vision and mission statements are to strive for a Public Service of Excellence as a competent employer shall be vibrant and responsive in all aspects of public service human resource management, development and strategically work together with Government Agencies and the Private Sector (Vision). In accordance with the Constitution and the laws, to uphold the values of the Public Service and Code of Conduct and reflect good management practice at work and provide ethical, equitable responsive services to the people of Vanuatu by strengthening Human Resources Management systems and policies (Mission).²²

The PSC is set up as an independent body provided for and established by the Vanuatu Constitution, governed in its Chapter 9, Part I, Articles 57-60. It is noteworthy that the

²⁰ The major functions of the Commission are outlined in section 8 (1) of the PSA: a. To provide policy advice to Government on matters relating to the efficiency and effectiveness of the Public Service and in human resource development; and b. The appointment and promotion of employees on merit; and c. The selection or approval of those to undergo training courses overseas and for such purposes may organize competitive examinations ; and d. The resolution of employment disputes and discipline of employees in accordance with this Act; [...] g. To review the efficiency and economy of the Public Service in employment matters; [...] n. To provide regular reports in writing to the Minister on the performance of the Commission; Art. 60 of the Constitution then outlines the metes-and-bounds as well as independence of the PSC: (1) The Public Service Commission shall be responsible for the appointment and promotion of public servants, and the selection of those to undergo training courses in Vanuatu or overseas. For such purposes it may organise competitive examinations. (2) The Commission shall also be responsible for the discipline of public servants. (3) The Commission shall have no authority over the members of the judiciary, the armed forces, the police and the teaching services. (4) The Commission shall not be subject to the direction or control of any other person or body in the exercise of its functions.

²¹ As per Art. 59 PSA, the PSC is composed of five members appointed for a term of 3 years by the President of the Republic of Vanuatu after consultation with the Prime Minister. 1. The President of the Republic shall appoint every year, from among the members of the Commission, a chairman who shall be responsible for organising its proceedings. 2. A person shall be disqualified for appointment as a member of the Commission if he is a member of Parliament, the National Council of Chiefs or a Local Government Council or if he exercises a position of responsibility within a political party. 3. A person shall cease to be a member of the Commission if circumstances arise that, if he were not a member, would disqualify him for appointment as such. Part 3 of the PSA, in its section 15, outlines the duty of the PSC to act as a good employer, with section 15 (2) (b) requiring the selection of persons for appointments and promotion to be based upon merit. Section 7 of the Act then provides for the Objectives of Public Service Commission: The objectives are to provide a service to the Government and Vanuatu people of the highest professional standard and to conform to, comply with, and foster within the Public Services, the guiding principles of the Public Service set out in section 4. Section 4 PSA then outlines and reiterates the guiding principles of public service, including merit, transparency, accountability or fairness: (a) be independent and perform their functions in an impartial and professional manner; (b) make employment decisions based on merit; (c) provide a workplace that is free from discrimination and recognises the diverse background of employees; (d) have the highest ethical standards; (e) be accountable for their actions; (f) be responsive to the Government in providing timely advice and implementing Government's policies and programs; (g) deliver services fairly, effectively, impartially and courteously to the public and to visitors to Vanuatu; (h) provide leadership of the highest quality; (i) establish co-operative workplace relations based on consultation and communication; (j) focus on achieving results and managing performance; (k) observe the law; and (l) ensure transparency in the performance of their functions.

²² See Public Service Commission, Mission and Vision Statements, Government of Vanuatu, 2021: <https://psc.gov.vu/index.php/en/about-us/mission-vision>

Constitution's Art.57 sets out some guidelines, such as allegiance to the people of Vanuatu and security of tenure outlining a framework of continuity and transparency.²³

The further details of the PSC are then governed in statute, by the *Public Service Act* 2006 (PSA)²⁴ as well as in the Public Service Manual 2014 (PSM), outlining the law and policy of public service and public service management, including performance management.²⁵

As seen in section 3 of the PSA, the purpose of the Act is to provide for the Public Service and its principal objects, which are to provide a rights-based frame that is based on fairness as well as efficiency and effectiveness.²⁶

Overall, the PSC appears to have a system in place that incorporates responsible government decision-making standards and of accountability to the public.²⁷

A call for reform and amendment of the PSA were made in 2018.²⁸ This was to increase accountability of Directors and Director Generals making wrong decisions that burden the Government.

II. THE PUBLIC SPHERE & PUBLIC SERVICE CULTURE IN VANUATU

This chapter then looks into the general nature of the Vanuatu public service culture and structures. What could be termed the constitutional common core values for good governance include impartiality, loyalty, equity, accountability and fairness, to which, later, efficiency and effectiveness were added.²⁹ Further defining characteristics of public service worldwide may include departmental oversight, transparency, record-keeping, ensuring the Rule of Law, the Separation of Powers, the principle of democracy, as well as responsible government. How public service should be conducted includes the possibility of review of administrative decision-making, procedural fairness, natural justice, the application of appropriate governance systems and structures to meet accountability obligations and to achieve a high level of organizational

23 Art.57 (1) Public servants owe their allegiance to the Constitution and to the people of Vanuatu. (2) Only citizens of Vanuatu shall be appointed to public office. [...] (5) For as long as their posts exist, public servants shall not be removed from their posts except in accordance with the Constitution. [...] (8) The security of tenure of public servants provided for in subarticle (5) shall not prevent such compulsory early retirement as may be decided by law in order to ensure the renewal of holders of public offices.

24 *Public Service Act* (2006) [Cap 246] Act No.11 of 1998: http://www.paclii.org/vu/legis/consol_act/psa152.

25 Public Service Commission, *Public Service Staff Manual*, Government of Vanuatu, 2014: <http://www.psc.gov.vu/>; Nanise Lapi, « Performance management in the Vanuatu public service: foundations, achievements and challenges », *Asia Pacific Journal of Public Administration*, 2018, p. 245-251, at p. 247.

26 Section 3 states that this is (a) To establish an independent Public Service that is efficient and effective in serving the Government, the Parliament and the public; (b) To provide a legal framework for the effective and fair employment, management and leadership of employees; and (c) To establish the rights and obligations of employees.

27 As seen in section 15(2) PSA, it is stated that the Commission shall as a good employer : (a) ensure the fair and proper treatment of employees in all aspects of their employment; and (b) require the selection of persons for appointments and promotion to be based upon merit; and (c) promote good and safe working conditions, and (d) encourage the enhancement of the abilities of individual employees; and (e) promote and encourage an equal opportunities programme. In section 15 (3) PSA, in determining a person's merit for appointment or promotion to a post or salary increment regard must be had to: (a) skill and ability to perform the duties and responsibilities of the post; and (b) the standard and efficiency of work performance; and (c) formal qualifications and training; and (d) personal qualities including conduct. (4) For the purpose of subsection (3) where appropriate, the Commission may determine the minimum qualifications for any position.

28 Len Garae, « Call to Amend Public Service Act », *Vanuatu Daily Post*, 2018: https://dailypost.vu/news/call-to-amend-public-service-act/article_36fae61e-1cd2-5ead-b8aa-baaab6ec2263.html.

29 This is the case at least for OECD countries : Muiris MacCarthaigh, *Public Service Values*, Committee for Public Management Research Discussion, Institute of Public Administration, 2008: http://www.ipa.ie/pdf/cpmr/CPMR_DP_39_PublicServiceValues.pdf.

performance which includes merit-based employment and continuous education and training.³⁰ In addition -and at times in deviation- to these values exist the particulars of a country's public service culture.

Public service in Vanuatu has an at least tripartite history, deriving from native, French as well as English roots. Vanuatu has retained the civil service system of the UK (contractual system) in which both public and private workers can be tasked by law to fulfil public service.³¹ Vanuatu has abandoned the French style closed public service system (career system), where the public servant is subject to official status corresponding to a continental European group of more statist, public law regimes. In their own countries' context, systemic differences in the public service between Britain and France have been significant. The British have pushed fast reforms since the early 1980s, whereas French reforms have generally been more gradual.³²

In Vanuatu, since 1994, the central government divided the former eleven regions into now six provincial Government Councils: Torba, Sanma, Penama, Malampa, Shefa and Tafea.

Established provincial government manages local affairs. To address administrative challenges due to the geographical dispersion and relative isolation of the archipelago's population, Vanuatu introduced a decentralized system from the very beginning of independence, allowing the people to participate in the decision-making process at local level.³³ An important reason for such decentralization is that all land belongs to the customary owners.³⁴

This may however not always be effective in that local operational functions are in effect still largely controlled by the central government. Although Vanuatu has, supposedly, a constitutionally decentralized local government system in design,³⁵ in practice, [as] the vast majority of the population live on small scattered islands, [matters of vulnerability] could be more effectively addressed if local communities were empowered with a strong system of local governance.³⁶

The question arises what it is that currently exists in lieu of local governance, beyond the national directive. The answer is custom: Local governance is heavily influenced by chiefly culture and governance of the tribal leaders and communities, especially at the village level. Each of Vanuatu's tribal communities still maintains customs, traditional beliefs, values, practices and languages, leading to diverse governance structures. It is a chief's responsibility to look after the community by managing all tribal affairs, resolving conflicts, and keeping law and order. To this day, conflicts are mainly resolved and peace maintained by the chiefs.³⁷

30 See for example Government of Western Australia, « Good governance for public sector agencies » Government of Western Australia, 2020: <https://www.wa.gov.au/government/publications/good-governance-public-sector-agencies>

31 A similar differentiation may exist for citizenship between public solidarity based and private membership contractual demarcations: Michael B. Krakat, "A 2,000-Year-Old Argument: Should We See Citizenship as a Membership or a Social-Contract?", *The Investment Migration Insider*, 2020: <https://www.imidaily.com/du-process/a-2000-year-old-argument-should-we-see-citizenship-as-a-membership-or-a-social-contract/>.

32 David Howarth, "Editorial Comparing Public Administrative Reform in France and the UK", *Public Policy and Administration Volume*, 2001, p. 1-8.

33 Ahmed Shukry Hussain, "Governance and Vulnerability in small island states", *aforsaid*, p. 213 and p. 231.

34 *Ibid.*

35 I refer to the Constitution of Vanuatu, which outlines in Chapter 13, entitled "Decentralisation": 82. Legislation for decentralisation: The Republic of Vanuatu, conscious of the importance of decentralisation to enable the people fully to participate in the government of their Local Government Region, shall enact legislation necessary to realize that ideal; 83. Local Government Councils: The legislation shall provide for the division of the Republic of Vanuatu into Local Government Regions and for each region to be administered by a Local Government Council on which shall be representatives of custom chiefs.

36 Ahmed Shukry Hussain, "Governance and Vulnerability in small island states", *aforsaid*, p. 210.

37 In the northern part of the country "a man earns merit and attains traditional rank through serving his people

To a large extent, and to many ni-Vanuatu people, the process of social and political adjustment to the new post-colonial order continues to this day and the country is in an unfinished state: While independence has been formally achieved for 41 years now, the process of nation-building, which includes emergence of a coherent public service culture, is indeed less an incomplete exercise but rather, an ongoing one. This may be so at least from public acceptance and identity vantage points of reference for nationhood as well as a nation's public service and in respect to local as well as regional cultures.³⁸ South Pacific nation-building entails a dual challenge: The transformation of the colonial-era administration into a post-colonial and ni-Vanuatu-managed structure, as well as the development of the functions of the modern state in what is now a further globalizing world demarked by heightened nationalism and protectionism.³⁹

Colonial discourse was adamant that chaos would ensue after colonial rule:

*We have seen the islands [...] pass from a state of primitive but happy disorder to a condition of semi-civilized but unhappy confusion [...] until the bewildered Samoan chiefs, distraught by intrigues, begged that the burden of government might be lifted from them?*⁴⁰

The Pacific perspective on the meaning of nation is perhaps closer to what Ton Otto and Nicholas Thomas poignantly describe from a post-colonial perspective:

*Once independence had been gained [...] the fundamental opposition between indigenous people and colonial powers was displaced by a far messier array of local divisions, relating variously to precolonial antagonisms between different indigenous populations, the simultaneous exacerbation of conflict and suppression of warfare during the colonial period, uneven development and corruption.*⁴¹

well over a period of time". Chiefly rank is open to anyone and is usually confirmed by the killing of a required number of pigs. In the southern part of the archipelago, leadership is chiefly inherited through bloodlines and systems are highly structured. Chiefs have various levels of authority pending the particular island. For example, in Tanna the chiefs, "Iaramara", have absolute authority over their people and lands. Both chiefs and their spokespersons ("Ieni") are assisted by councils and police. Alice Kalontano, Charles Vatu & Jenny Whyte, *Community Governance in Vanuatu: A Report on Participatory Research Conducted by the FSP Voices and Choices: Gardening Good Governance Project*, Foundation of the Peoples of the South Pacific, 2003, p. 68-160.

³⁸ Ordering paradigms such as nationhood have not always been viewed as being necessary at all. In some pacific nations, such as in Samoa, the emergence of nation has at first been one in relation to other states, with a unified view on country becoming necessary so to define the country in regards to others. The nationhood paradigm in the South Pacific is a contested and a complex one, with power and control being exercised in manifold ways, not necessarily or conveniently following the ways of a nation state model deeply ingrained in Western consciousness. "Pacific consciousness" of the blue ocean continent is the regional supranational glue, with the nation as merely one of many relevant paradigms. As citizenship is part of the nation state, this notion then also applies to civic belonging vis-à-vis other ways of belonging. The larger ethnic categories that are salient in the different parts of the South Pacific are not necessarily those of nations, but of local identities and relations. It is perhaps problematic and contestable to employ geographic, cultural and ethnological groupings of Melanesia, Polynesia and Micronesia. These groupings employed just as the concept of nationhood, are themselves somewhat artificial and imposed. Commonalities do appear to exist between the Solomon Islands, Vanuatu, New Caledonia, as well as Papua New Guinea, broadly representing Melanesian cultures: Any such commonalities, however artificial, correspond not merely to national sentiments and borders but, arguably, first and foremost, to a wider region and the "Melanesian Way" of certain values, customary laws, language diversity, music, betelnut or kava. No nation frame has managed to replace or take away from the importance of cultural identities grown over millennia, and like must be true for the nature of public service: Marcus Cox, Alatoa Hannington, Linda Kenni, Anna Naupa, Gregory Rawlings, Nikunj Soni, Charles Vatu, *The Unfinished State: Drivers of Change in Vanuatu*, Australian Agency for International Development, 2007: <https://oxfamblogs.org/fp2p/wp-content/uploads/2015/12/Unfinished-State-Vanuatu-DOC-Final-Report-April-07.pdf> ; In the context of citizenship for sale, see: Michael B. Krakat, "Why Those Hoping to Design CIPs in the Pacific are in for a Ride – Part 1", *The Investment Migration Insider*, 2021; *Idem*, "Why Those Hoping to Design CIPs in the Pacific are in for a Ride – Part 2", *The Investment Migration Insider*, 2021.

³⁹ See for example: Forak J. Contractor, "The world economy will need even more globalization in the post-pandemic 2021 decade", *Journal of International Business Studies*, 2021: <https://links.springer.com/content/pdf/10.1057/s41267-020-00394-y.pdf>

⁴⁰ Sylvia R. Masterman, *The Origins of International Rivalry in Samoa, 1845-1884*, Allen & Unwin, 1934, p. 194.

⁴¹ Ton Otto and Nicholas Thomas, *Narratives of Nation in the South Pacific*, Harwood, 1997, p. 4.

Incomplete nation building including public functions due to insulation are matters of perspective, and so is the purported requirement for adherence to specific standardizations that may, to some extent, be said to having effectively been set by what are former colonizers. For example, the proverbial tyranny of distance and remoteness (remoteness from whom?) may in pandemic times come as a blessing rather than a curse and it cannot be seen why Vanuatu or any other South Pacific nation should account to the world for their own pathways and journeys as young nations.

At the same rate, however, incompleteness and the taking of time in nation building may affect common standards of public service, such as the Rule of Law, which includes fairness, equality, impartiality from an individual rights perspective. Any collective or systemic lack of coherence in this regard reaches clear limitations of what public service should take the liberty to mean.

The political system in Vanuatu then is described by some as unstable and fragmentary, with political competition based on patronage rather than competing policy platforms.⁴² It has been characterised by fierce infighting within unstable coalitions, with frequent changes in government, making it a difficult frame for continuity or long-term planning.⁴³ Consequently, an issue impeding economic growth and development has been the governance of the public sector, particularly political interferences in the day-to-day operations of the public service.⁴⁴ This may mean that institutional design and the setting up of structures of public service alone may not readily translate into the functioning of these structures, unless rules are enforced and structures filled with life that is relevant to-, accepted and understood by all stakeholders.

Nanise Lapi for example outlines the recent state of public service and opines that data, recordkeeping, proper evaluation and review of both organisational and staff performance, as well as continuing training are necessary.⁴⁵

Before the backdrop of a limited resource base of Vanuatu, an aspirational western model of public service then coexists and coincides with an at least partially recognized and effective model that emphasizes custom and chief culture, at least at the lower government levels. Integration of local ways into the system of governance and public service may take place if the public is to be serviced in accordance with local ways and traditions.

While formal accountability institutions —parliament, the Auditor General, the Ombudsman— are to increase in effectivity, there is debate as to whether accountability processes of the adversarial type favoured in Western democracies are even workable in Vanuatu. An unfinished

42 Coalition formation follows a logic of patronage. Politicians compete to secure access to key posts (ministerial positions; boards of public companies and quasi-public entities) that provide opportunities for redistribution. Patronage may bring the danger of elitism and corruption. Westminster-style democracy is sometimes described as a foreign imposition in Vanuatu. It is clear that politics is deeply influenced by pre-existing cultural norms. Traditional society is based on complex relationships of reciprocity between leaders and their communities. Politicians in Vanuatu are expected to provide direct, material benefits to their constituents in exchange for their support. The small scale of political life, with some MPs elected with as few as 350 votes, may exacerbate this.

43 Marcus Cox and *al.*, *The Unfinished State: Drivers of Change in Vanuatu*, aforesaid.

44 Other factors are institutional failures and public administration performance, poverty and income inequality, low public sector remuneration and lack of formal incentive structures, accountability and transparency issues. Issues with governance have impacted on the reduction of economic efficiency of the public service operations: The Government of Vanuatu, *Presentation of the Government of Vanuatu, Programme of Action for the Development of Vanuatu 2001-2010*, A/CONF.191/CP/28 Third United Nations Conference on Least Developed Countries, Brussels, 14-20 May 2001: <https://unctad.org/system/files/official-document/aconf191cp28van.en.pdf>.

45 Further, job descriptions must be clear and convey the objectives of their organisations. Major issues are the timely enforcement of discipline decisions. Measuring the performance of achieving stable institutions is difficult. Indicators suggested are the timely production and examination of Auditor-Generals reports; reduced backlog of court cases: Nanise Lapi, "Performance management in the Vanuatu public service: Foundations, achievements and challenges", aforesaid, p. 246-247.

element of the state-building project in Vanuatu is the limited reach of the state outside the capital into the provinces. As Marcus Cox states, there is little coordination between the provincial administrations and central government departments. The 63 Area Councils, the lowest formal level of government, have only few employees each, and are active predominantly in tax collection, primary schools or first aid.⁴⁶ Other than within these areas of governance, many ni-Vanuatu people may have only limited contact with the state.

Elise Huffer and Grace Molisa state that government in Vanuatu is viewed by the people as good government which is fair (treats everyone the same way), consultative (listens to the people) and efficient in the distribution of services (makes the right decisions about development and carries them out). As Huffer and Molisa conclude, this is an ideal situation and does not reflect the case of Vanuatu, in which a feeling of alienation from an abstract system of governance prevails.⁴⁷

Rather, the public perception of public yet includes a divide between “politics” (national governance) and “custom” (local governance). There is some disconnect, where concepts such as politics, the nation or the institutions of nation such as public service, may have never arrived with the population the way they did in other countries where these concepts may have had a stronger hold or even originated:

*[S]ome of the difficulties associated with the articulation (or lack thereof) between systems are revealed in commonly used language. For example, in Vanuatu “politics” is frequently distinguished from “custom” when discussing the management of public affairs. People will talk about politics when they refer to what is happening at the national or political party level, and to custom when they talk about the management of local, rural issues. This is also the case in New Caledonia where French authorities have frequently reminded the chiefs that custom is not politics and should not deal with political matters.*⁴⁸

Yet, ever since independence, the time may have now come to realize that any deviations from established Western ideals of governance that were introduced toward custom is not tenable. Custom effectively is a layer of law, politics and administration and forms the familial way the nation works. Any artificial differentiation between politics and custom both reveals and may reinforce the gap which exists between institutions “imposed” and the “local” institutions. As Huffer and Molisa correctly state, such differentiation generally also has a tendency to demean custom, that is, the system under which a majority of the population is ruled, when compared to politics. Only where the first step of this acknowledgment is made can reform work.

It is problematic where politics deliberately mixes with custom, utilizing traditionalism to their advantage, or claiming that it is uncustomary to criticise chiefs. From that perspective, “it is to be agreed with Chief Philip Tepahae making it clear that politics’ and custom’ should mix [...] government should work as the government and [...] custom should work as custom”.⁴⁹

46 Marcus Cox and *al.*, *The Unfinished State: Drivers of Change in Vanuatu*, aforesaid: The provincial structure is commonly seen as artificial and ineffective. By contrast, customary and informal institutions at local level are seen as legitimate and relevant to people’s lives. However, their capacity to support community development is limited. Chiefs continue to be the main authority at community level, especially in law and order. The churches are also active participants in community governance, providing a range of services, particularly for women, youth and the vulnerable.

47 Elise Huffer and Grace Molisa, “Governance in Vanuatu”, *Pacific Economic Bulletin*, 1999, p. 101-112, at p. 103.

48 *Ibid.*

49 There is, continuing to this day, a perception in Vanuatu that chiefs have been neglected in the overall framework of governance. In addition, politicians may at times attribute to themselves a chiefly or “big-man” aura (often being inducted as chiefs by their community to recognise their contribution and reflect status), which they may use to profit from their functions as parliamentarians. Some high-level politicians for instance claim that it is uncustomary to criticize chiefs and that therefore they should not have to put up with public criticism

However, while misappropriation of custom by politics is to be avoided at all costs, I argue that custom could still be viewed as a dimension of public service. Chiefs are already practising parts of the system of public service, and the distinction between custom and politics may be an artificial one that creates more problems than it is of use. Within chiefly culture, there is an entire sub-context of public service culture, with complex relationship networks. It is difficult to assess this sub-context from an approach of a rigid doctrinal point.

III. DISCUSSION & RECOMMENDATIONS: DIMENSIONS OF VANUATU PUBLIC SERVICE GOVERNANCE

The governance and implementation of public service standards may vary and has to be understood in the complex environment of its own terms in the cultural context as well as idiosyncrasies of the small island context.⁵⁰

Public service values today may be local, regional, national as well as global.⁵¹ Carole L. Jurkiewicz and Edin Mujkic argue that any romanticized model of public sector higher-order values has been replaced by the realistic implications of public-private partnerships implemented across the globe.

Ahmed Shukry Hussain in turn finds that communities in Small Island Developing States (SIDS) are socio-economically and environmentally vulnerable having a special need for support. This is due to their geographical and ecological conditions.

A key factor affecting performance in the public service is its organisational culture. It is suggested here that this culture should be one of integration of established local structures such as chiefly systems into one public service, rather than running two parallel and somewhat overlapping systems of conventional public service and the chief system at the same time, “politics and custom”. Rather, Vanuatu could become a leading nation further endorsing and fully integrating customary concepts into overall governance, transplanting accountability measures into these levels. At the same rate, levels of local government culture should not be isolated or insulated from the standards of a good public service. Processes should involve a system of subsidiarity, decision-making from the ground up, where decisions may be made at the local level first and foremost, with higher order decision-makers not necessary until and unless such power is necessary.⁵²

The public sector may arguably include the reconsideration of the functional roots of public service as a culture, including considering the time before colonization. This may mean the further integration of chiefly systems of governance as an actual level of local government,

through the media or through the ombudsman’s reports. This may be misappropriation or « manufacturing » of custom. Further, any existing and emerging conflicts and differences among local leaders and parties at the time of independence could have effectively been co-driven by the advocates and supporters of the two rival colonial powers. In other words, corruption, elitism or discrimination may exist within and between the various dimensions of government. See eg. Chief P. Tepahae, “Chiefly Power in Southern Vanuatu, State, Society and Governance in Melanesia”, Discussion Paper 97/9, *Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University*, 1997.

⁵⁰ Ahmed Shukry Hussain, “Governance and Vulnerability in small island states”, aforesaid, p. 10-11.

⁵¹ Carole L. Jurkiewicz and Edin Mujkic, “Deconstructing New Public Management: Public Service Values in a Global Public Administration”, in Helen Sullivan, Helen Dickinson, Hayley Henderson (eds.), *The Palgrave Handbook of the Public Servant*, Palgrave Macmillan, 2020, p. 1-15.

⁵² Even broader, subsidiarity means that social and political issues should be dealt with at the most immediate level consistent and pertinent with their resolution. See eg. Marco Balboni, “The global reach of the principle of subsidiarity: The case of Australia”, *Commonwealth & Comparative Politics*, 2019, p. 193-207.

which also includes the accountability of these layers of government, for the benefits of all stakeholders involved.⁵³

The importance of local governance is increasing. The emergence of e-government allows for the potential virtual partaking and participation of all that hold a stake in government anywhere beyond traditional constraints.

The United Nations 17 sustainable development goals include goal no.16, including peace, justice and strong institutions.⁵⁴ This is a direct reference to the Rule of Law and strong governmental institutions.

Vanuatu has set certain goals in its People's Plan, otherwise known as the 2030 Agenda for sustainable development.⁵⁵ The National Sustainable Development Plan (NSDP) for the period 2016 to 2030 is the country's highest-level policy framework. It is founded on culture, traditional knowledge and Christian principles, and builds on Vanuatu's development journey since independence. The Plan outlines Vanuatu's national development goals and policy objectives in order to translate the National Vision into priorities and a framework to be actioned and to monitor progress. A functioning public sector is of utmost importance here. Part of this framework is the document entitled "Priorities and Action Agenda for Vanuatu 2006-2015, an Educated, Healthy and Wealthy Vanuatu".⁵⁶

Stakeholder involvement has been identified as a key element. The stakeholder term is broad and includes more than any specific group, but, potentially, anyone affected or holding some interest in public matters, between the local and the global. Vanuatu's stakeholders may then include the people present, citizens and residents, local chiefs and customary owners, ni-Van as well as the expat population and those not currently present in the country, the global public taking an interest in Vanuatu, eg. being at the forefront of combating climate change or preventing COVID from entering the country and taking a hold.⁵⁷

Governments and their stakeholders especially in the South Pacific small island context cannot address the challenges today, unless a cohesive and holistic approach is taken with the policy measures. At some level, governance and public service appears as a joint project: Vanuatu can be viewed to be something of a reform project of nations which appear to be stakeholders in the region, including influential aid donors promoting infrastructure goals including Australia, New Zealand, the UK, China or Japan. There are multiple such programs which include education through visiting judges, police and military or medical expertise. Public sector building is really also an exercise of nation-building as such.⁵⁸

⁵³ The role of the national Council of Chiefs is outlined in Chapter 5 of the Vanuatu Constitution: Article 29. National Council of Chiefs: (1) The National Council of Chiefs shall be composed of custom chiefs elected by their peers sitting in District Councils of Chiefs; 30. Functions of Council (1) The National Council of Chiefs has a general competence to discuss all matters relating to custom and tradition and may make recommendations for the preservation and promotion of ni-Vanuatu culture and languages. (2) The Council may be consulted on any question, particularly any question relating to tradition and custom, in connection with any bill before Parliament.

⁵⁴ United Nations, The 17 Goals, United Nations Department of Economic and Social Affairs Sustainable Development, 2015, available at <<https://sdgs.un.org/goals>>

⁵⁵ United Nations, Vanuatu 2030 The Peoples Plan, available at <<https://www.gov.vu/index.php/resources/vanuatu-2030>>

⁵⁶ Government of Vanuatu, Department of Economic and Sector Planning, Ministry of Finance and Economic Management, Priorities and Action Agenda, 2006 - 2015 « An Educated, Healthy and Wealthy Vanuatu », Government of Vanuatu, 2006, p. 20-22, available at <<https://www.adb.org/sites/default/files/linked-documents/cobp-van-2015-2017-sd.pdf>>

⁵⁷ Stakeholder engagement is outlined as priority and strategy in para. 5.3.1.3 of the Priorities Action Agenda, n° 20.

⁵⁸ For example, training has been provided by the Japan International Cooperation Agency (JICA) in support of

By the same token, the perspective of the small island in the South Pacific, except for those adjacent to any mainland, is indeed unique. Due to isolation island culture is not to be explained by diffusion with externalities evidenced in a need for nationhood status or a public service coherent with foreign paradigms for public service. It vests primarily on internal developments: The engine of island evolution is not necessarily mere adaptation to environmental variation in any direct sense, but is based on internal status rivalry. We are hence best advised to look inwards for reform, as well as outwards.

As Pierre Calame and Andre Talmant found in their study of aspects of governance in France, the older laws or regulations were and the less bureaucrats knew about their historical origin, the more the laws were considered sacred or untouchable and the less bureaucrats were willing to modify them. This, they concluded, prevented effective and appropriate decision making.⁵⁹ This situation is by no means unique to France, and in Vanuatu's case is compounded by the legacy of the British and French administrations, the influence of various Christian churches and the preservation, reference to-, as well deliberate manipulation of customary practices.

At the same rate, public service comes with minimum standards, and it is difficult to think of it absent these standards. It is not, however, about chief culture or custom versus politics or foreign perceptions of public service. The public service standards enunciated in this chapter are indeed not foreign to Vanuatu, but entrenched in its Constitution, and public service is subject to the Rule of Law. Here, public service culture may well include aspects of local identity if it is to find acceptance. If this were not the case, public service may lead an existence in reflection but not necessarily reciprocal to diverse cultural and local self-determinants and self- and group-identity, may become perceived as being abstract, imposed and foreign.

In light of the above, recommendations may include the following:

Quality and efficiency of public service are among the main factors for reform. Further research is necessary if general improvement of public service is assisted by the further integration of customary elements.

Custom and chief culture could become recognised as full elements of government leading to a flexible, holistic understanding of public service. If private contractors are able to act in the name of the public, then traditional elements of effective public service such as customary chiefs may also become viewed as a full and integral part of the public sphere as well.

The common values of government should apply at all levels, including the chiefly level and custom. Elements required to include in the process of decision-making should include local, national, regional and global values in each of the layers and levels of public service, with the central reason for any decision-making being the local authorities acting as public servants to the people and for the people's wellbeing, asking for contribution, consultation and participation by the people, empowering local communities.

A divided public on matters of public sector governance, two sets of systems and rules, are to be avoided. There should be no co-existence or overlap between approved and mere factual albeit accepted local cultural standards. Diverse traditional systems may not readily be replaced by any uniform system of governance, ignoring existing norms and values. Instead, various models of governance may co-exist, as long as they work based on reciprocity, considering both traditional

several officers for human resource development and capacity development as short-term training in Japan. JICA's Knowledge Co Creation Programme (KCCP) continues to be a major funding agency for Government Officers in terms of human resource development and capacity building training: Fern Napwatt, "Public Service Commission benefits from JICA training", Vanuatu Daily Post, 2018, available at <https://www.dailypost.vu/news/public-service-commission-benefits-from-jica-training/article_369a1c38-57d9-57ae-ae37-6cdea32ff8a8.html>

⁵⁹ Pierre Calame and Andre Talmant, *L'État au Cœur : le meccano de la gouvernance (Gouvernances Démocratiques)*, Desclée de Brouwer, 1997. Also see in Elise Huffer and Grace Molisa, "Governance in Vanuatu", aforesaid, p. 48.

and new institutional values, common collective interests and public expectations. Each layer of governance is to retain its own core functions and integrity, for the benefit of a local, national, regional and global dialogue, allowing for mid- to long term national planning, cost effectivity and benefits for the socio-economic, environmental and cultural wellbeing of the nation, as well as the local communities, beyond any disconnect. Local consultative approaches are conducted in Vanuatu. However, they do appear embedded in statute and are hence neither mandatory nor create consistency in decision-making.⁶⁰

Rather than emulating the public service in large countries, Vanuatu, and, in fact, other small island developing states, should realistically and pragmatically consider a public service culture that includes traditional values existing or past cultures that have worked for them.

To streamline service, save resources and time, create a sustainable service culture, there should not be separate classes of public service or competing models, but working models should become formally integrated in the public service. For example, the Nakamal system in Vanuatu serves to bring people together. In the village setting, all paths converge on the Nakamal. It is a place where people from various walks of life meet quietly, drink kava, exchange information, ideas and engage in public dialogue that is vital for the well-being of the public, including decision-making, contracting and conflict resolution. It is a place for both politics and custom converge.⁶¹

It is important to re-examine both customary and parliamentary governance to see how changes can be made to them so that they become more inclusive and relevant to people's needs and aspirations. However, changes or adaptations of this nature are contingent on people being able to make sense of their past and of the present. The governance agenda should therefore first and foremost serve as an opportunity for people to acquire the feeling that they have a way to partake in their contemporary public service environment: People should feel enfranchised through contemporary institutions and practices whether customary or imported.

Existing best practices are found in the different cultures and diverse societies and can be incorporated into a body of a Vanuatu good governance. Again, public service may comprise all structures of government, with strong focus on local political stakeholders, be based from the ground-up, pertaining to a customary culture of local chiefs, traditions, family structures and other bodies, networks functioning akin and taking the responsibilities of local council. Local rule was what defined the Pacific experience for some time, coming also with the benefit that local conflict was limited to local level, and the general absence the need for higher ordering principles of power, unless a uniform voice for the country was to be found to be speaking as one, itself a difficult and time-consuming process.

South Pacific governments and people are facing unique challenges such as plastic pollution, pandemics, radiation, and the most drastic consequences of climate change while being the least polluting states. Where the constitutional landscape of some of the Pacific nations is not yet settled into Western perceptions of nationhood or derivatives of mainland public service, this may

60 Ahmed Shukry Hussain, "Governance and Vulnerability in small island states", aforesaid, p. 233.

61 It is a way of sharing one's needs, aspirations, seeking help from community, share customary and contemporary experiences in an inclusive and educational manner. The Nakamal of today is both thriving off of the remnants of a patriarchal ancient customary culture but is at the same time a reinvented highly inclusive space accommodating all people. The Nakamal demarks highly participatory citizenship and the informal meeting place between public servants and the people rather than a place of subordination and hierarchy, providing a forum for testing out best practices, both customary and parliamentary. The Nakamal way is the antithesis of a run-away elite promoting governance agendas that may lead to disenfranchising communities which should instead have direct and organised access to the state, the state's functions and officers. It is a cultural publicly accepted forum and a place for review and feedback, mentoring and advise.

be a good thing. Adjustment is perhaps not even necessary, and there can of course be a “Pacific way” as well as a “Vanuatu way” and understanding toward nationhood as well as toward public service deviating from other understandings, adding to public service culture and perspectives. It is perhaps time for Vanuatu to finding its own way for public service best practice. Vanuatu’s passport revenue may grant the country the real chance at meaningful reform.⁶²

Regional classifications of public service are of relevance as well. A Melanesian way of public service is thinkable for Vanuatu, with commonalities to the Solomon Islands, New Caledonia, Fiji or Papua New Guinea, broadly representing Melanesian values, customary laws, language diversity, music, betelnut or kava in a public service culture from the ground up. The nation-building exercise in small island states in the South Pacific appears, perhaps necessarily so, as an ongoing one, and the same may true for the public service.⁶³

The reference points for public service culture include Constitutions and statutory visions, common law and policy, as well as supranational concepts and visions beyond the nation. These may include values including democracy, human rights, good governance, the rule of law, individual liberty, egalitarianism, multilateralism and world peace.⁶⁴

Between nationhood and culture, public service in the South Pacific small island states appear as a complex issue requiring a holistic and informed approach for government planners. If anything, all care must be taken to avoid the assumption that good governance may work in the South Pacific as it works elsewhere. The specific circumstances of the small island state contribute to the different picture of public service in this region. There should perhaps be a focus on an understanding of public service and a public service culture starting from within the cultures of these places, including to incorporate the existing local citizenry and systems of custom, as well as to employ a holistic and sustainable perspective, bearing in mind public acceptance of public service in the administration of government power.

IV. CONCLUDING OBSERVATIONS

Good governance should be in harmony with its surroundings. Today, it is time for Vanuatu to finding its own way for public service best practice. This chapter has made a plea for Vanuatu public service holding reference to local, national, regional as well as global dimensions of good governance.

In Vanuatu, the foundations for public service have clearly been established, and the same is true for systems of monitoring and continuing education and training. What are the foundations of the public sector if not the people’s matters at local government level from the ground up? Vanuatu is a unitary system of governance, there are no states or territories. Even more relevant then is the role of local council. Reference in public sector governance is to be made with strong emphasis on to the local systems. What should perhaps be avoided is a de-facto two-tier system or grades of governance with local culture overlapping with the public sector but not being fully integrated. Awareness and acknowledgment of difference are made and pride may be taken in being a unique nation.

62 As for the revenue, see in Dan McGarry, “Surge in passport sales delivers Vanuatu a record budget surplus”, *The Guardian*, 2020: <https://www.theguardian.com/world/2020/aug/21/surge-in-passport-sales-delivers-vanuatu-a-record-budget-surplus>

63 Michael B. Krakat, “Why Those Hoping to Design CIPs in the Pacific are in for a Ride – Part 1”, aforesaid.

64 Also see the Commonwealth Charter: <https://thecommonwealth.org/about-us/charter>

Challenges of public sector innovation in Pacific Island Countries

Graham Hassall

Victoria University of Wellington, School of Government

The purpose of this paper is to reflect on the meaning of “public sector innovation”, in Pacific Island Countries (PICs).¹ The quest for innovation exists in governments everywhere. With respect to the Pacific Islands, public sector development, capacity building, transformation, reform, and innovation, have been examined by governments, public servants, academics, and development agencies, amongst others. Pacific Islands Public Service Commissioners’ Conferences, for instance, have been an avenue for such discussion. This paper identifies some current issues that face the public sector in PICs, particularly in relation to prospects for innovation, and particularly also in their current contexts.

A paper issued by the (now defunct) Singapore-based Global Centre for Public Service Excellence distinguished between “old” public administration, “new public management”, “new public governance”, and the “new public service”.² These conceptual models, familiar to most practitioners by now, depict a general trend away from a Weberian form of bureaucracy which for all its merits was saddled with a reputation for inflexible and slow application of rules and with giving more regard to inputs than to the creation of efficient and effective service delivery. The lack of incentives attached to transactions that had no commercial implications produced low performance, and maintenance of bureaucratic practices for the benefit of none but the bureaucrats themselves.

Where governments introduced “new public management principles” (NPM), including in non-Western settings, this old approach to public administration was indeed transformed.³ Development agencies urged PICs to adopt NPM practices including divestment of State-Owned Enterprises (SOEs), down-sizing of public sector workforce, Human Resource (HR) reforms, and greater attention to monitoring and evaluation of performance⁴. To a certain

1 An earlier version of this paper was presented at the 12th Pacific Public Service Commissioner’s Conference, Niue, 16-17 September 2015.

2 UNDP Global Centre for Public Service Excellence, *From Old Public Administration to the New Public Service: Implications for Public Sector Reform in Developing Countries*, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Singapore, 2015.

3 M. See Barcham, “New public management and the alternative service delivery decision framework: Matching structure to context”, *Development Bulletin*, 2006, p. 70; W. N. Dunn and D. Y. Miller, “A Critique of the New Public Management and the Neo-Weberian State: Advancing a Critical Theory of Administrative Reform”, *Public Organization Review*, 2007, vol. 7, p. 345-358; N. Manning, “The legacy of the New Public Management in developing countries”, *International Review of Administrative Sciences*, 2007, vol. 67, p. 297-312; P. Aucoin, “The Political-Administrative Design of NPM” in A. Farnham, Ashgate, T. Christensen, T. and P. Lægreid (eds.), *The Ashgate Research Companion to New Public Management*, Routledge, 2011; A. Lawton and F. Six, *New Public Management: Lessons from Abroad. The State of Public Administration: Issues, Challenges, and Opportunities*, Routledge, 2011; D. C. Menzel, H. L. White. N.Y. Armonk, M.E. Sharpe, C. Pollitt and G. Bouckaert, *Public management reform: a comparative analysis. New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State*, Oxford & New York Oxford University Press, 2011; S. Goldfinch S. and V. Roberts, “New Public Management and Public Sector Reform in Victoria and New Zealand: Policy Transfer, Elite Networks and Legislative Copying”, *Australian Journal of Politics & History*, 2013, vol. 59, p. 80-96.

4 Asian development Bank, “Tuvalu. Economic and Public Sector Review”, Manila, 2002; Asian development Bank and AusAID, “Governance in PNG: A Cluster evaluation of three public sector reform activities”, Canberra,

extent PICs went along with this reform trend.⁵ There were, on the other hand, critics of NPM, who argued that the business of government could not be completely commercialised, and that citizens should not be reduced to customers.⁶ And it could be said that even where reforms were implemented in PICs, progress was slow, and results were sporadic: governments were slow to divest of SOEs, public-sector wages continued to consume a large percentage of GDP, and the quality of service delivery remained poor. In a number of PICs the public continues to express concerns about politicisation of the public sector, and perceived high levels of corruption.

Current government structures in the PICs emphasise institutions at national level, whereas the challenges of implementation —of delivery of goods and services— exists at subnational levels. The implication is that improved service delivery will require increased administrative capacity at local government level. Furthermore, the public sector in PICs is modelled on the bureaucratic model, in which expectations for better services require expansion of public sector capacity in fiscal environments not necessarily conducive to such expansion. The implication is that public sectors need to establish more effective networks with the private and voluntary sectors in order to achieve expansion of services. This “horizontal governance” may be an area for future innovation in PICs, but its success will depend on the presence of solid legal, administrative and financial institutional foundations.

Although innovation may be desirable at any point in time, one needs to distinguish between activities that establish the foundations of the public sector, and activities that seek innovation. The World Economic Forum’s “Global competitiveness report” provides a useful distinction between development activities that build basic institutions, infrastructure and human capital; generate efficiency enhancing initiatives in education, market efficiency, technology and finance; and introduce state sector innovation.

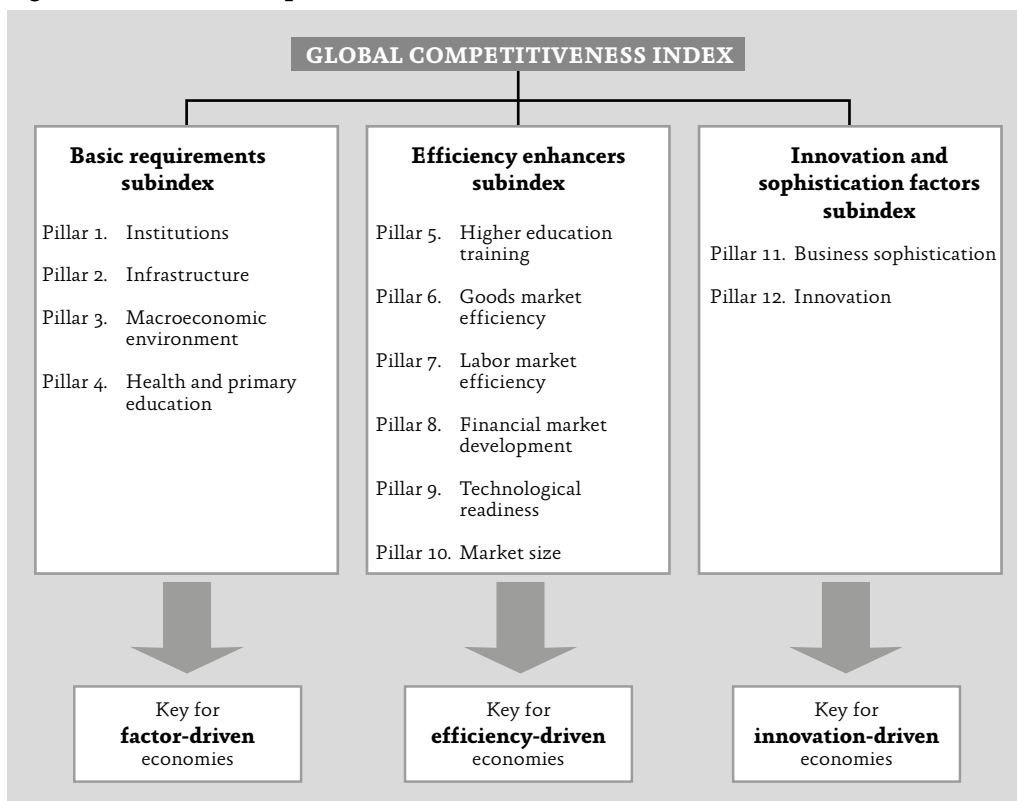
The implication of this model is that innovations follow rather than precede consolidation of basic institutions. Considering the distinct contexts referred to the Global Competitiveness

2004; AusAID and Asian Development Bank, “ADB Support for Public Sector Reforms in the Pacific: Enhance Results through Ownership, Capacity, and Continuity”, Manila, 2009; Asian Development Bank, “Transparency to the People: Using Stakeholder Participation to Support Public Sector Reform in Nauru and the Republic of the Marshall Islands. Pacific Studies Series”, Manila, 2010; Asian Development Bank, “Vanuatu: Economic Performance, Policy and Reform Issues”, Manila, 2010.

5 Taskforce for Government and Administrative Reforms [...]. Government and Administrative Reforms in Papua New Guinea. Port Moresby, 2009; Taskforce for Government and Administrative Reforms. Solomon Islands. Prime Minister’s Office. Policy and Structural Reform Unit, 1998. Solomon Islands Government Indicative Program. Solomon Islands, Policy and Structural Reform Unit Office of the Prime Minister, Solomon Islands. Department of National Reform and Planning, 2003. National Economic Recovery, Reform and Development Plan 2003-2006: Strategic and Action Framework. Final Report. Honiara, Solomon Islands. Department of National Reform and Planning, Solomon Islands. Office of the Prime Minister, The National Coalition for Reform and Advancement (NCRA) Government. Policy Statement, Honiara, 2010; U. Sharma and Z. Haque, “TQM implementation in a public sector entity in Fiji: Public sector reform, commercialization, and institutionalism”, *International Journal of Public Sector Management*, 2002, vol. 5, p. 340-360. A. E Sarker and R. D. Pathak, “Public Enterprise Reform in Fiji Islands”, *Public Organization Review*, 2003, vol. 3, p. 55-74; Papua New Guinea, 2003. Strategic Plan for Supporting Public Sector Reform in Papua New Guinea 2003-2007. Port Moresby. R. Nari, “Comprehensive reform program in the Republic of Vanuatu: a major challenge, through the eyes of a ni-vanuatu”, *Asia Pacific School of Economics and Government*, 2000.

6 M. Minogue, C. Polidano and D. Hulme (eds.), *Beyond the New Public Management: Changing Ideas and Practices in Governance*, Edward Elgar, 1998, D. Gill, “New Zealand experience with public management reform —or why the grass is always greener on the other side of the fence”, *International Public Management Journal*, 2000, vol. 3, p. 55-66; R. Gregory, “Getting better but feeling worse: Public sector reform in New Zealand”, 2003, p. 107-123; L.A. Zanetti and G. B. Adams, “In Service of the Leviathan: Democracy, Ethics and the Potential for Administrative Evil in the New Public Management”, *Administrative Theory & Praxis*, 2000, vol. 22, p. 534-554, C. Pollitt and G. Bouckaert, *Public management reform: a comparative analysis. New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State*, Oxford & New York Oxford University Press, 2011.

Figure 1: The Global Competitiveness Index framework



Note: See the appendix for the detailed structure of the GCI.

Index model, it is interesting to note some research World Bank advice on the functioning of PIC public sectors:

Particularly where models have been imported or designed on the basis of global best practices, there may well be room to improve the efficacy of public sector functions or services by making them more fit-for-purpose in PIC contexts. It is by no means unusual for public sectors in the PICs to be attempting to carry out unnecessarily complicated functions or activities that are unduly onerous relative to available capacity, which is particularly damaging in the context of such small remote states where the challenges of service delivery mean capacity is already severely constrained.⁷

The intention of innovation is to seek best practice:

Best practice may be referred to as innovative policies, processes, methods or procedures that, at any known period of time, are generally considered by peers as the superior practice that delivers the optimal outcomes, such that they are proven worthy of adoption.⁸

What constitutes “best practice” in the context of PICs has not been adequately researched and documented. The template established a decade ago by PICPA’s Pacific Public Sector Workforce Mapping report sets out 11 categories for institutional monitoring: 1. Number of ministries and agencies; 2. Structure of government; 3. Agencies involved in/responsible for the management

⁷ V. Horscroft, “Public Sectors in the Pacific Islands. Are they Too Big’ and Do They Crowd Out’ the Private Sector? Policy Research Working Paper”, *The World Bank Group* 7102, Washington, 2014, p. 22.

⁸ 11th Pacific Public Service Commissioners’ Conference, “Record of Proceedings”, 2013, p. 3.

of the public service; 4. Central bodies responsible for HRM; 5. Line ministries or other public service agencies with HRM capability; 6. Roles of agencies; 7. Legislation and policies that govern the management of the public service; 8. Current/future public service management reforms; 9. Percentage of total public service budget assigned to salaries and related costs; 10. Contribution of public service to GDP; 11. Client services delivered to citizens.

A baseline exercise was undertaken by PICPA soon after its establishment, but its findings were only made available to a small range of stakeholders and have not been made public. In addition to that useful list of public sector attributes, several additional questions could be asked. For example, what is the “size” of the public sector? (*ie.* which agencies are defined as being within the public service? Is there a comprehensive list of departments, authorities, commissions, boards, and SOEs? Who maintains it? Who maintains a record of established and actual employees? What are the mechanisms for Central Government Agency Coordination? Are they clear, and effective? What lessons have been learnt? What efforts are being made to overcome the existence of “silos” in the conduct of government, and to promote more “whole of government” approaches? How well does the public service senior leadership engage with and interact with Ministers/Prime Minister and Cabinet? Is there a cabinet manual to provide guidelines for roles and responsibilities? Do all central government agencies have sufficient resources to perform their functions and meet their goals and expectations?

Research into reporting requirements and reporting practices is required: to whom do central agencies report? Are they delivering reports? Are reports annual, or project based? Are these reports reviewed by parliamentary committee, auditor, etc. are the reports public, and are they accessible to the public?

Items that should be collected and catalogued for the benefit of future performance improvement and inter-agency collaboration include: Cabinet Manuals; National and sectoral strategic plans; National vision statements; Sectoral corporate plans; Statements of Intent; Annual reports; Project completion reports.

These could complement reports that one presumes are already in the public domain, such as judicial findings, auditor’s reports, and legislation and parliamentary papers.

I. DEFINITION OF “CENTRAL GOVERNMENT AGENCIES”

Not all PICs have made clear statements about which agencies are “central government agencies”, and this basic step thus requires clarification. For instance, some may include national planning departments, as well as Finance, PSC, & PM&C. In those countries that have both a PSC and a department of Personnel Management, or a Department of Public Services, the roles and relationships between these bodies should be made clear. The initial need, in this perspective, is to ensure that basic institutions and infrastructure, including administrative infrastructure, are established, operational, and transparent, before innovations are considered. Furthermore, innovations in PICs should only proceed at a pace and in dimensions that accord with the resources available —any other approach or expectation builds in the prospect of failure before a project has begun.

Although each Public Service Commission exists to serve the needs of the executive branch of government, it also needs a measure of independence from the political needs of the government of the day. The details of this complex relationship are to be worked out in each country in their own way. Institutional failures generally commence at the political level, with national parliaments that focus on exercising executive authority rather than on monitoring and controlling it, and —in some cases— parliaments in which the government works actively to diminish the scope of legislative power in its desire to maintain its control over executive power.

The method of appointment of central agency leadership in PICs remains to be researched and made clear: whether by executive appointment, some form of judicial and administrative services commission, or other selection process. This will open research into length of appointment, conditions for review and reappointment/dismissal, etc. there is little documentation, for instance, of the rates of head-of-agency-turnover, and the reasons for turnover. Devoid of independence, the public service becomes an instrument of politics and patronage rather than of good government, and the reputation of the entire public service is put at risk. In Westminster systems of government, public servants answer to an executive (Prime Minister and Cabinet) elected by the legislature. Although the rule of law theoretically applies to all, those who make the law are sometimes the most difficult to restrain. Although Cabinet Manuals have been developed in many countries to clarify the respective roles, responsibilities, and privileges of Ministers and public servants, there still remain many instances in which restraining the political branch remains a challenge. This is at least one reason why the strengthening of public sector institutions commences with the articulation of rules clarifying the roles of political leaders and the roles of public sector leaders. In the case of New Zealand, this relationship is articulated in the Cabinet Manual.⁹

II. INSTITUTIONAL INTEGRITY

A second important facet of institutional strengthening in PICs concerns public sector integrity, and this involves the articulation of rules, ethical boundaries, reporting procedures, and enforcement mechanisms. The Commonwealth defines public sector corruption as:

*[...] the wrongful exercise of public duty for direct or consequential personal gain. Quite apart from the harmful effects which corruption may have on the actual processes of democracy, government, the law and the judiciary, the corrupt act is inherently undemocratic.*¹⁰

For sure, such practices are the concern of the law enforcement agencies, and there are a great number of initiatives promoting public sector integrity on the region, including the ADB/OECD anti-corruption initiative for the Asia Pacific, Transparency International's National Integrity Systems Project, the UN's Convention Against Corruption (UNCAC), and various other UN initiatives on the Right to Information, parliamentary and public sector support programs, anti-money laundering, etc.

However, there is another aspect to the development of integrity, which refers not to individual instances of seeking personal gain, but to the ability of the system as a whole to minimise personal ambition by making systems of decision-making and expenditure more transparent. The public service in each PIC works to a code of conduct, which has generally focused on personal conduct and honesty. It is also important to look beyond adherence to procedures, toward the ability to generate public goods. Internationally, audit is expanding to include "performance" as well as "finance". The public interest is served best when public funds are not only spent in accordance with transparently devised programmes, but when these efforts yield clear outcomes.¹¹

Within the region, standards for political and public sector leadership have been promoted in such instruments and the Pacific Islands Forum's 2003 "Forum Principles of Accountability", which drew on standards developed by the IMF to develop a biennial stocktake of implementation of

⁹ <http://www.cabinetmanual.cabinetoffice.govt.nz/>

¹⁰ Commonwealth Secretariat, "Position Paper on Corruption, Paper presented at the Pacific Islands Legal Officer's Meeting", Canberra, 1998.

¹¹ These issues are built into the "aid effectiveness agenda": A. J. Ulu, "Pule: Development policy sovereignty in Samoa", Masters in Development Studies, Victoria University of Wellington, 2013.

leadership codes and principles of accountability presented to the Forum Economic Ministers Meeting (FEMM): 1 Budget processes, including multi-year frameworks, to ensure Parliament/Congress is sufficiently informed to understand the longer-term implications of appropriation decisions; 2 The accounts of governments, state-owned enterprises and statutory corporations to be promptly and fully audited; 3 Loan agreements or guarantees entered into by governments to be presented to Parliament/Congress; 4 All government and public sector contracts to be competitively awarded, and publicly reported; 5 Contravention of financial regulations to be promptly disciplined; 6 Public Accounts Committees of the legislature to be empowered to require disclosure; 7 Auditor General and Ombudsman to be provided with adequate fiscal resources and independent reporting rights to Parliament/Congress; 8 Central bank with statutory responsibility for non-partisan monitoring and advice, and regular and independent publication of informative reports.¹²

It must be said that these principles have had very little up-take since their establishment. Another sensitive matter not fully addressed in PIC laws and policies is the lack of codes of conduct applied to members of parliament, and to the ministers who head the executive branches of government. Duncan and Hassall, for instance, have explored the signs of “clientalism” in PICs.¹³ The chart below suggests a range of tendencies in political thought that mitigate against the cultivation of a more effective public service.

At its inaugural meeting in 2001 the regional meeting of speakers of Pacific island legislatures declared a set of guiding principles for legislatures (1st Pacific Island Speakers’ Forum 2001) and in 2003 Pacific Leaders endorsed the “Forum Principles of Good Leadership”:

*Key principles of good governance which we hold to be fundamental to good leadership: 1. Respect for the law and system of government; 2. Respect for cultural values, customs and traditions; 3. Respect for freedom of religion; 4. Respect for people on whose behalf leaders exercise power; 5. Respect for members of the public; 6. Economy and efficiency; 7. Diligence; 8. National peace and security; 9. Respect for office.*¹⁴

The Forum followed up this set of principles with an audit of leadership practice which was for a time available on the PIFS website but which appears to have been removed. These principles appear to have garnered more attention than the Forum Principles of Accountability, although mostly on the part of development agencies such as UNDP rather than government departments.

III. REGIONAL COOPERATION AND COORDINATION

Reviews of Pacific Regional Architecture and of the Pacific Plan provide scope for significant public sector innovation.¹⁵ Although each PIC is sovereign, there is also gradual progress toward “deeper integration” by the Pacific States. There is thus need at the current time for research into the linkage between central agencies and CROP agencies, notably the Pacific Islands Forum, the Secretariat of the Pacific Community, the University of the South Pacific, and the Secretariat of the Regional Environment Programme. PIC Public Service Commissions could investigate the potential for shared services at regional level in such areas as statistics, ombudsman, auditing, electoral administration, and computing services. A recent World Bank Report has observed:

12 Pacific Islands Forum Secretariat, “Session 11 Background Document: Progress report on the Forum’s eight principles of accountability”, Forum Economic Ministers Meeting, Alofi, Niue, 25-26 July 2000. Online at http://www.forumsec.org/UserFiles/File/femn14_-_8_principles.pdf, accessed 3 March 2009

13 R. Duncan and G. Hassall, *The Political Economy of Economic Reform in the Pacific*, Asian Bank Development, Manila, 2010.

14 <http://www.forumsec.org.fj/pages.cfm/good-governance>

15 Pacific Islands Forum Secretariat, “Pacific Plan Review, Report to Pacific Leaders. Volume 1”, Suva, 2013.

[...] it would be valuable to focus on a further aspect of whether the PICs are getting the best out of their public sectors, by examining whether there is scope for innovative approaches to public administration to improve the range, quality and outcomes of the public functions provided. Some aspects of public functions or services may be able to be provided more efficiently or effectively on a regional or sub-regional basis, for instance, if this enables economies of scale to be realized in their provision. Alternatively, it may be more efficient or effective for PICs to share some aspects of public functions or services with their larger neighbors. Of course, options for pooling functions or services among the PICs and for sharing functions and services between the PICs and their larger neighbors have been canvassed for decades in the region, with considerable progress made on a number of fronts and an extensive agenda explored for potential future progress. What would be valuable, however, would be for this to become an integral part of the agenda of public sector reform considerations in individual PICs, with a view to them taking the initiative to investigate how pooling or sharing services would enable them to get more out of their public sectors and thus make more strategic use of their resources, rather than its remaining a distinct tranche of work pursued at regional level.¹⁶

IV. eGOVERNMENT

The emergence of Information and Communication Technologies (ICTs) is transforming government worldwide, including in PICs¹⁷. Most have donor-assisted eGovernment projects which have the potential to transform the work of government internally as well as with citizens and with other stakeholders including the private sector. PICs have much to learn from each others' experience in the field of ICT adoption within government and across government. Information flow is essential to whole of government approaches, and to improved coordination: coordination is an extremely complex process, and effective coordination requires a delicate steer between heavy-handed central control, and too-lax oversight resulting in misdirection, and misapplication of effort. Vanuatu's Office of Chief Government Information Officer (OGCIO) has demonstrated what can be achieved by a small state, as it works to implement "universal access" policies through not only leadership at all levels of government but in collaboration with the private sector.

There are both "Horizontal" and "vertical" benefits to connectivity. The expansion of ICTs unfolds new potential for information sharing, not merely within departments and agencies, but across agencies, and where appropriate, beyond government to other stakeholders. A number of PICs are transforming their information systems, whether as individual departments, or as in such cases as Samoa, Vanuatu, and Solomon Islands, through "whole of government" approaches. Central agencies are playing a key role in this transformation, since payroll and human resources are at the core of government information systems.

New Zealand's recent efforts can also provide inspiration. The ICT.GOV.NZ initiative models the governance and leadership, and the strategy and action plan, to transform expectations of all stakeholders concerning the availability of digital services across government. Specific strategic steps include a shift to share internet provision and cloud-based services, leaving individual government departments and agencies free to determine their investments in applications and service delivery.

¹⁶ V. Horscroft, *op. cit.*, p 22.

¹⁷ See, generally, R. Cullen and G. Hassall (eds), *Achieving Sustainable E-Government in Pacific Island States*, Springer, 2017.

V. PUBLIC SECTOR KNOWLEDGE NETWORKS

Whereas the Pacific Public Service Commissioners Conference network has supported the idea of a regional database with targets concerning best practices, and although a range of public sector networks and projects exist (eg : ADB, Commonwealth Secretariat, ANZSOG (Australia and New Zealand School of Government), AusAid, Australian Public Service Commission, CAPAM, UN Public Administration Network and other UN related projects), ICTs are yet to be harnessed to adequately to transform any of them into a digital platform for effective sharing of public sector experience. This applies, too, to the single-country public service training institutions: Papua New Guinea Institute of Public Administration (School of Government); Fiji PSC Centre for Training and Development; Solomon Islands Institute for Public Administration and Management; and Vanuatu Institute for Public Administration and Management.

Other professional networks that have central agencies in scope include the Pacific Islands Law Officers Network and professional financial and auditing associations, but neither the network established by the Pacific Islands Centre for Public Administration at the University of the South Pacific nor the PPSCC network “Pacific Village Online”, once administered by Professor Pak Yoong at the Victoria University of Wellington, remain online.

At the current time, much of the best analysis of PIC public sector performance continues to emerge from the global agencies. A recent World Bank report, for instance, which examined whether public sectors in PICs were “too big” and “crowding out” the private sector, suggested that the research question be shifted from the size of public sectors to their efficiency:

It would be more appropriate and more constructive for the agenda to be refocused on the extent to which public sectors in the PICs are being efficient and effective in providing public goods and services to their people and private sectors, given both their particular service delivery contexts and the resources available to them. In parallel, the rationale for public sector reform in the PICs could move away from a focus on reducing the size of public sectors in the PICs, towards a focus on the much more motivating object of enabling them to provide better services to their people and private sectors.¹⁸

VI. CONCLUSIONS

There is no problem with public sector agencies in PICs seeking innovation. The idea supported in this paper, however, is that innovation can only succeed once facilitating conditions are in place. These have been described as basic institutions, essential infrastructure, sound economic governance, and provision of essential human services such as health and education. In broad terms, more effective public sector planning, implementation, and monitoring in PICs at the current time requires a suite of improvements that includes: Adequate tertiary education in public management; Continued development of the capacity of Public Service Commissions, so that they are better equipped to analyse public sector performance, leadership, and strategic direction; More emphasis on eGovernment platforms that provide access to information and that management and share knowledge; More use of policy networks, which draw on the voice, the expertise, and the good will, of citizens and civil society, experts, regional organizations, and other intergovernmental bodies; Consideration of how the public sector in PICs can contribute to the emergence of stronger public administration at regional level.

Having focused on these foundations public sector operation, attention can be turned to ensuring they operate efficiently, and toward the identification of potential for innovation. In each PIC

¹⁸ V. Horscroft, *op. cit.*, p 20.

the Public Service Commission (or its equivalent) must lead the way in ensuring that it is indeed “the public” who benefit from public sector activity, lest the bureaucracy turn its attention elsewhere, and preferentially serve itself, its political masters, or other stakeholders. The Pacific governance agenda focuses on improving human development outcomes, and also include improving the performance of parliament in both its legislative and its executive oversight functions; enhancing the accountability of the executive branch of government; enhancing the transparency with which government decisions and appointments are made; strengthening the rule of law by ensuring support for improvement of judicial services; attending to adequate protections of human rights; promoting human rights education; improving the democratic quality of electoral systems while minimizing the disruptive effect of political activities on state services; and promoting and protecting the role of the media as an active agent of civil society. There is the increasingly important challenge of how best to interact with international organizations and global public policy networks. The so-called “wicked” and “trans-boundary” problems that affecting health, food, land ownership, water, energy, and so many other aspects of human security have national dimensions, but in the global era system boundaries are those of the planet rather than of individual nations.”¹⁹

¹⁹ This last paragraph draws on Graham Hassal, *Government and Public Policy in the Pacific Islands*, Emerald, 2021.

PARTIE 2

LES FONCTIONS PUBLIQUES DES OUTRE-MER FRANÇAIS DU PACIFIQUE SUD

Libre propos sur les systèmes de la carrière et de l'emploi dans la fonction publique de la Polynésie française

Grégoire Calley

Université Savoie Mont-Blanc, en délégation à l'Université de la Polynésie française, GDI EA 4240,
Centre de recherche en droit Antoine Favre

L'organisation de la fonction publique de la Polynésie française est l'une des traductions les plus remarquables de l'autonomie dévolue à cette collectivité d'outre-mer. Le jeu des dispositions des différents statuts d'autonomie lui a en effet permis de fixer *proprio motu* le cadre normatif de la gestion de ses effectifs en dehors des règles législatives nationales habituellement applicables aux autres collectivités territoriales¹. C'est aujourd'hui la délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française qui constitue la pierre angulaire du régime juridique autonome applicable à cette fonction publique². Ce texte a forgé un corpus unifié de règles de droit public ayant vocation à s'appliquer aux effectifs employés et rémunérés par la collectivité d'outre-mer mais aussi à ceux employés et rémunérés par les établissements publics administratifs qui en dépendent³. Aux côtés des agents des établissements publics industriels et commerciaux créés par la Polynésie française, se trouve donc également soustrait à l'application de ce statut le personnel des communes et structures intercommunales polynésiennes⁴. Y échappent aussi les agents des corps de fonctionnaires de l'État pour l'administration de la Polynésie française exerçant leurs fonctions auprès de la collectivité d'outre-mer et de ses établissements publics administratifs⁵.

La délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 2015 n'est pas le premier acte de cette construction statutaire locale d'une fonction publique polynésienne. Fondé sur plusieurs arrêtés gubernatoriaux adoptés en 1956, un statut local de droit public applicable aux agents des Établissements français de l'Océanie avait en particulier vu le jour en 1956⁶. Quelques années plus tard, une refonte statutaire sera réalisée par l'assemblée territoriale de la Polynésie française dans une délibération n° 63-2/AT du 18 janvier 1963 portant statut général des cadres territoriaux de la Polynésie française⁷. Fondée sur le décret n° 56-1228 relatif à l'organisation des services publics civils dans les territoires d'outre-mer, cette réglementation locale exclusivement destinée à régir la situation des agents titulaires n'a cependant pu donner son plein potentiel

1 Voir, sur cette question, TA Polynésie française, avis, 23 octobre 1992, n° 92-36 et CAA Paris, 11 juillet 2007, n° 05PA03194.

2 Délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française, *JOPF*, 2 février 1996, p. 8.

3 « Rapport du président de la Polynésie française à l'Assemblée de la Polynésie française pour l'année 2019 », tome II, 2019, p. 50, https://www.presidence.pf/wp-content/uploads/2020/06/RAP_PR_APF_2019_T2.pdf (consulté en mars 2021).

4 Le régime juridique applicable à ces agents a été fixé par l'État dans une ordonnance n° 2005-10 du 4 janvier 2005 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs, *JOPF*, 7 janvier 2005, texte 41.

5 Loi n° 66-496 du 11 juillet 1966 relative à la création de corps de fonctionnaires de l'État pour l'administration de la Polynésie française, *JORF*, 12 juillet 1966, p. 5955.

6 Voir, par exemple, l'arrêté n° 1139/CP portant statut général des cadres supérieurs et locaux des Établissements français de l'Océanie, *JOPF*, 20 septembre 1956, p. 436.

7 Délibération n° 63-2 du 18 janvier 1963 portant transformation du statut général des cadres supérieurs et secondaires de la Polynésie française en statut général des cadres territoriaux, *JOPF*, 15 juin 1963, p. 225.

que sur une durée relativement réduite⁸. L'entrée en vigueur moins de 3 ans plus tard de la loi n° 66-496 du 11 juillet 1966 relative à la création de corps de fonctionnaires de l'État pour l'administration de la Polynésie française s'est en effet accompagnée de l'extinction du recrutement dans les cadres territoriaux de la Polynésie française et de l'organisation de leur intégration sur demande dans les corps d'État nouvellement créés pour répondre aux besoins d'affectation dans ce territoire (article 2).

Cette reprise en main étatique de la question statutaire n'a cependant pas réglé toutes les difficultés liées au recrutement local dans les services territoriaux de la Polynésie française, loin s'en faut. Tout d'abord, bon nombre d'agents recrutés sous le régime de la délibération précitée de 1963 ont continué à relever de ce statut local en dépit des possibilités d'intégration organisées dans les corps de fonctionnaires de l'État pour l'administration de la Polynésie française. Ensuite, le recrutement dans ces corps n'a de manière générale pas permis de répondre à tous les besoins de l'administration locale. Et une part importante des recrutements opérés par la Polynésie française a continué à s'opérer dans un cadre contractuel de droit privé conformément aux dispositions de la législation du droit du travail alors applicable dans ce territoire océanien. Une convention collective est même venue assujettir à un régime unifié cette catégorie d'agents de droit privé, les Agents Non-Fonctionnaires de l'Administration (ANFA). Ces derniers finiront par représenter au début des années 1990 près de 63 % des effectifs du personnel de l'administration territoriale⁹.

À l'origine de distorsions dans le traitement du personnel, cette mixité statutaire suscitera progressivement l'insatisfaction de la collectivité d'outre-mer. Et cela d'autant plus que le régime conventionnel applicable aux agents non-fonctionnaires de l'administration s'est à l'usage révélé aussi flou que coûteux pour la Polynésie française¹⁰. Il faudra cependant attendre le début des années 1990 pour que la Polynésie française se livre à un premier exercice d'unification normative dans une délibération n° 92-119 AT du 23 juillet 1992 portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française¹¹. Cette délibération ne connaîtra qu'une existence éphémère et la délibération précitée n° 95-215 AT du 14 décembre 2015 viendra rapidement s'y substituer en posant désormais le principe de l'assujettissement à un statut de droit public des agents rémunérés par la Polynésie française et ses établissements publics. Les agents de droit privé employés jusqu'alors seront bien sûr fortement incités à abandonner leur régime conventionnel pour intégrer en tant qu'agents titulaires cette nouvelle fonction publique à la faveur de dispositifs privilégiés d'intégration.

Le statut forgé par la délibération n° 95-215 précitée et ses différents textes d'application a permis d'unifier sous un régime de droit public l'immense majorité des agents aujourd'hui employés par la collectivité d'outre-mer et ses établissements publics administratifs. Sur les 2654 agents employés en 2019 dans les établissements publics administratifs de la Polynésie française, 2214 s'y trouvent en effet soumis. Dans les effectifs de la collectivité d'outre-mer, cette prédominance est certes moins marquée. Mais ce sont tout de même 4138 agents sur un total de 5930 agents employés qui relèvent de la fonction publique de la Polynésie française¹².

8 Décret n° 56-1228 relatif à l'organisation des services publics civils dans les territoires d'outre-mer, *JOPF*, 31 décembre 1956, p. 641.

9 Jacky Van Bastolaer et Franklin Brotherson, « Rapport portant statut général de la Fonction Publique du Territoire de la Polynésie Française », Commission des affaires administratives et domaniales, n° 06/91, 28 janvier 1991, p. 2, <http://www.assemblee.pf/travaux/textes> (consulté en mars 2021).

10 *Ibid.*, p. 3.

11 Délibération n° 92-119 AT du 23 juillet 1992 portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française, *JOPF*, 13 août 1992, p. 1488.

12 « Rapport du président de la Polynésie française à l'Assemblée de la Polynésie française pour l'année 2019 », tome II, *op. cit.*, p. 34 et p. 50.

À l'image des fonctions publiques d'État, territoriale ou hospitalière, la fonction publique de la Polynésie française a été structurée autour du système de la carrière auquel se trouve assujettie la majorité de ses agents. En 2019, l'emploi titulaire représentait 74 % des effectifs de la collectivité d'outre-mer et 60 % de ceux des établissements publics administratifs qui y sont rattachés (I)¹³. Largement majoritaires, les fonctionnaires titulaires sont amenés à coexister avec des agents contractuels recrutés à titre accessoire et dont les droits et obligations demeurent – conformément au système de l'emploi prévalant dans les fonctions publiques métropolitaines – essentiellement déterminés par l'unilatéralité (II). Si sa filiation avec les fonctions publiques métropolitaines ne fait guère de doutes, la fonction publique de la Polynésie française reste néanmoins traversée par une préoccupation protectionniste qui la singularise beaucoup (III).

I. LA PRÉPONDÉRANCE STATUTAIRE DU SYSTÈME DE LA CARRIÈRE DANS LA FONCTION PUBLIQUE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

La délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 recèle toute la panoplie normative indispensable à la mise en œuvre du système de la carrière. Comme dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière, ce système ne profite qu'aux personnes « nommées dans un emploi permanent à temps complet ou à temps non complet, et titularisées dans un grade de la hiérarchie de l'administration de la Polynésie française ou de ses établissements publics à caractère administratif » (article 1). En sont donc logiquement exclus les agents contractuels¹⁴ mais aussi les agents stagiaires (article 60).

L'accès à l'emploi titulaire repose dans la fonction publique de la Polynésie française sur des mécanismes de recrutement comparables à ceux pratiqués dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière (1) et offre aux agents détenteurs d'un grade des garanties et possibilités analogues en matière déroulement de leur carrière (2).

1. L'accès à l'emploi titulaire dans la fonction publique de la Polynésie française

La délivrance des grades dans la fonction publique de la Polynésie française fait suite à des opérations de recrutement qui ne présentent guère d'originalité pour ceux qui connaissent le droit de la fonction publique. En indiquant que « l'accès aux grades s'effectue par voie de concours, de promotion interne ou d'avancement », l'article 17 du statut général de la fonction publique de la Polynésie française ne rend d'ailleurs qu'imparfaitement compte de la situation. Les dispositions de la délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 et d'autres textes périphériques ont pu également faire résulter la titularisation d'une simple intégration des candidats dans la fonction publique de la Polynésie française en dehors de toute procédure de concours. Au demeurant, il n'y a, là, rien de bien singulier si l'on se réfère au droit métropolitain qui organise aussi le recours à ce mécanisme dérogatoire de recrutement.

Ouverte en premier lieu au nom des besoins de la constitution initiale des cadres d'emplois (article 56), l'intégration est aujourd'hui une solution permettant en Polynésie française de reclasser les agents devenus inaptes à l'exercice de leurs fonctions (article 82). Mais l'intégration a surtout été mise en œuvre par la collectivité d'outre-mer pour faire profiter du système de la carrière à ses agents contractuels. À l'image de ce qui a été prévu dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière, la Polynésie française a élaboré à plusieurs reprises des dispositifs dérogatoires et transitoires d'intégration spécifiquement conçus pour titulariser certains d'entre eux en dehors de toute procédure de concours.

¹³ *Ibid.*, p. 37 et p. 52.

¹⁴ CAA Paris, 25 mars 2013, n° 11PA00834, inédit.

Les agents contractuels employés pour une durée indéterminée ont été des destinataires privilégiés de ces mesures spécifiques d'intégration. La proportion importante d'agents sous contrat à durée indéterminée qui se sont trouvés concernés par de telles mesures constitue assurément une spécificité locale. L'article 94 de la délibération précitée a initialement servi de vecteur normatif à l'intégration de la catégorie la plus importante formée par les agents non-fonctionnaires de l'administration. Cette logique a par la suite été étendue à d'autres agents contractuels employés à durée indéterminée¹⁵. Il en est résulté au fil du temps une réduction considérable du champ d'application du droit du travail à la Polynésie française et à ses établissements publics administratifs. Ces mesures d'intégration n'ont cependant pu empêcher la persistance dans les effectifs d'une proportion aujourd'hui encore importante – bien que déclinante – d'agents non-fonctionnaires de l'administration qui n'ont sans doute pas été convaincus par l'attractivité de la carrière proposée dans la fonction publique de la Polynésie française¹⁶.

Mais ces dispositifs d'intégration ont également pu poursuivre en Polynésie française des objectifs de résorption de l'emploi précaire, à l'image des nombreux plans de titularisation mis en œuvre en métropole¹⁷. La collectivité d'outre-mer a certes parfois fait preuve dans ce domaine d'une audace (ou d'une générosité?) excessive, si l'on en juge par l'invalidation en 2004 de dispositifs d'intégration destinés aux agents contractuels bénéficiant d'un engagement d'une durée déterminée comprise entre un et deux ans et aux agents contractuels des cabinets des membres du gouvernement de la Polynésie française¹⁸.

Il n'en reste pas moins qu'en dépit de l'autonomie concédée à la collectivité d'outre-mer en matière de fonction publique, les mécanismes polynésiens d'accès à la carrière ne se distinguent aujourd'hui guère de ceux prévus par le droit applicable aux trois versants nationaux. Sans doute pourra-t-on faire remarquer qu'une variété originale de concours d'accès à la fonction publique de la Polynésie française – le concours d'intégration – a pu un temps être organisée au profit des seuls agents non titulaires de la collectivité, dotés de trois ans de services effectifs dans l'exercice de fonctions correspondant au cadre d'emplois pour lequel un tel concours sera ouvert. Le premier texte dédié à la mise en œuvre de ces concours d'intégration avait d'ailleurs valu à la Polynésie française quelques déboires contentieux¹⁹. Il faut dire qu'en plus d'ériger ce concours d'intégration en voie pérenne d'accès à la fonction publique de la Polynésie française, le dispositif alors imaginé par la collectivité d'outre-mer réservait aux agents concernés 50 % du total des postes à pourvoir. Ces deux caractéristiques avaient conduit le Conseil d'État à

15 Loi du pays n° 2016-26 du 15 juillet 2016 portant mesures exceptionnelles d'intégration des personnels de la délégation de la Polynésie française à Paris recrutés à durée indéterminée dans la fonction publique de la Polynésie française, *JOPF*, 15 juillet 2016, n° 43 NS, p. 3128; loi du pays n° 2011-28 du 14 novembre 2011 portant mesures exceptionnelles d'intégration dans la fonction publique de la Polynésie française des personnels navigants non-inscrits maritimes recrutés pour une durée indéterminée par la Polynésie française, *JOPF*, 14 novembre 2011, n° 64 NS, p. 2794. Pour un exemple des difficultés contentieuses suscitées par ces mesures d'intégration, voir CAA Paris, 17 décembre 2015, n° 13PA03560, inédit.

16 En 2019, ils représentaient encore dans la collectivité d'outre-mer 543 agents sur un total d'effectifs payés s'élevant à 5043, « Rapport du président de la Polynésie française à l'Assemblée de la Polynésie française », tome I, 2019, p. 53, https://www.presidence.pf/wp-content/uploads/2020/06/RAP_PR_APF_2019_T1.pdf (consulté en mars 2021).

17 Voir également la délibération n° 2001-166 APF du 11 septembre 2001 portant modification des règles du recrutement dans la fonction publique et résorption de l'emploi précaire ou révocable de l'administration et de ses établissements publics à caractère administratif, *JOPF*, 20 septembre 2001, n° 38, p. 2383.

18 TA Polynésie française, 9 mars 2004, n° 0300129, inédit; TA Polynésie française, 22 février 2004, n° 0400021, inédit; TA Polynésie française, 24 mai 2005, n° 0400284, inédit.

19 Loi du pays n° 2013-26 LP/APF du 29 novembre 2013 relatif aux concours d'intégration des agents non titulaires des services et établissements publics administratifs de la Polynésie française, *JOPF*, 9 décembre 2013, p. 2397.

invalider, sur le fondement du principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics, les dispositions de la loi du pays censées servir d'ancrage normatif à ces concours d'intégration²⁰. Le dispositif initial avait été remanié, en 2016, par la collectivité d'outre-mer, au point de ne plus présenter qu'une portée transitoire et de ne plus concerner que 25 % du total des postes à pourvoir. La possibilité d'organiser des concours d'intégration a finalement été supprimée en 2020²¹.

En matière d'organisation des voies d'accès à l'emploi titulaire, il est néanmoins une originalité normative polynésienne qui mérite d'être signalée en dépit de la rareté de sa mise en œuvre. La collectivité d'outre-mer a en effet tout récemment fait entrer en vigueur un mécanisme très spécifique d'intégration dans la fonction publique de la Polynésie française du personnel des entités dont l'activité est reprise en régie.

Cette hypothèse bien connue est réglée en droit de la fonction publique métropolitaine par l'article L.1224-3 du code du travail qui prévoit la reprise par la personne publique du personnel employé par l'entité concernée. Mais la mise en œuvre de cette disposition législative ne saurait déboucher sur autre chose que la reprise des contrats conclus entre les agents et leur employeur précédent²². Le droit métropolitain de la fonction publique applicable au transfert d'activité ne prévoit en effet nullement la possibilité pour les agents ainsi repris d'être intégrés à la faveur de procédures spéciales d'accès à l'emploi titulaire.

Fort de son autonomie, la Polynésie française avait, en 2011, imaginé dans une loi du pays un dispositif assez radical, emportant la titularisation des agents détenteurs d'un contrat à durée indéterminée dans les cadres d'emplois de la fonction publique de la Polynésie française et, ce, en dehors de toute procédure d'évaluation de leurs mérites et de leurs capacités. Le Conseil d'État l'avait invalidé dans un arrêt remarqué au motif qu'il créait un « droit inconditionnel à la titularisation » en violation des exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²³. Dix ans plus tard, la collectivité d'outre-mer a remodelé ce dispositif en prenant cette fois la précaution de subordonner la titularisation des agents ainsi repris à une procédure d'examen professionnel²⁴. Saisi dans le cadre de l'article 177 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le Conseil d'État a tout récemment validé ce mécanisme très original dans un arrêt du 17 février 2021²⁵.

Exception faite de cette hypothèse singulière de titularisation, les modes d'accès à l'emploi titulaire aujourd'hui pratiqués dans la fonction publique de la Polynésie française sont de toute évidence moins variés que ceux ayant cours dans les fonctions publiques métropolitaines. L'intégration directe qui permet le recrutement d'un fonctionnaire dans un corps ou un cadre d'emplois de niveau comparable à celui de son corps ou cadre d'emplois d'origine n'est nullement prévue à ce jour. Et les dispositions statutaires polynésiennes limitent les opérations de concours à la seule organisation de concours internes et de concours externes sans permettre l'organisation d'un troisième concours²⁶.

20 CE, 18 juin 2014, *Syndicat de la fonction publique*, n° 374370, inédit.

21 Loi du pays n° 2020-3 du 16 janvier 2020 modifiant l'article 53 de la délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 modifiée portant statut général de la fonction publique de la Polynésie française, *JOPF*, 6 janvier 2020, p. 950.

22 Corinne Metzger, « Les écueils de la reprise d'un SPIC ou d'un SPA », *Gazette des communes*, 15 février 2016, p. 62.

23 CE, 8 mars 2013, n° 355788.

24 Loi du pays n° 2020-28 du 15 octobre 2020 relative aux personnels des entités dont la Polynésie française reprend les missions dans le cadre d'un service ou d'un établissement public administratif, en application des dispositions de l'article L1212-5 du code du travail de la Polynésie française, *JOPF*, 1^{er} mars 2021, p. 2176.

25 CE, 17 février 2021, *Syndicat de la fonction publique et M. B.*, n° 446833, *AJFP*, n° 3, 2021, note Grégoire Calley.

26 Ce type de concours permet d'ouvrir une voie spécifique d'accès à l'emploi titulaire destinée à valoriser l'exercice de plusieurs activités professionnelles, quelle qu'en soit la nature, d'un ou de plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou d'une ou de plusieurs activités en qualité de responsable, y compris bénévole, d'une association.

Les règles polynésiennes gouvernant le déroulement de la carrière ne contiennent pas davantage d'originalité par rapport au droit métropolitain.

2. Le déroulement de la carrière dans la fonction publique de la Polynésie française

De manière très classique en droit de la fonction publique, la détention dans la fonction publique de la Polynésie française d'un grade donne à l'agent « vocation à occuper certains emplois correspondant à ce grade » (article 17). Mais, comme dans les fonctions publiques métropolitaines, le grade reste bien « distinct de l'emploi » (article 21).

Au cœur de tout système de la carrière, cette articulation permet au fonctionnaire titulaire de profiter de possibilités statutaires, d'interrompre voire de cesser l'exécution des fonctions qui lui ont été initialement dévolues, sans pour autant devoir renoncer à son grade et aux possibilités de réemploi qui en découlent. La mutation constitue à cet égard la manifestation la plus symbolique de ces possibilités. Soumise à l'avis préalable de la commission administrative paritaire (article 48), elle repose sur l'obligation faite aux autorités compétentes « de faire connaître au personnel, dès qu'elles ont lieu, les vacances de tous emplois » (article 80). Il ne fait guère de doute qu'en plus de pouvoir être prononcées à la demande de l'agent, ces mutations peuvent, en droit polynésien comme en droit métropolitain, être prononcées d'office dans l'intérêt du service. Par ailleurs, la délibération n° 95-215 AT organise au profit des fonctionnaires de la collectivité d'outre-mer et de ses établissements publics administratifs des possibilités de détachement, de mise à disposition et de congé parental qui, dans leur principe, sont tout à fait comparables à celles offertes aux fonctionnaires métropolitains (article 62). Un examen détaillé du régime polynésien prévu pour chacune de ces positions révélerait sans doute quelques différences par rapport au régime métropolitain, au demeurant très évolutif²⁷. Mais les règles fondamentales sont identiques. À cet égard, le droit polynésien applicable au détachement et à la disponibilité garantit aux agents de la fonction publique de la Polynésie française une réintégration dans leur cadre d'emplois à l'expiration de leur période de détachement ou de mobilité²⁸. On notera à cet égard que l'article 7-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française s'est attaché à garantir, au plus haut niveau, la mobilité par voie de détachement des fonctionnaires de la Polynésie française dans les corps et cadres d'emplois des trois grandes fonctions publiques métropolitaines, en dépit d'ailleurs de l'absence de toute référence explicite à une telle possibilité dans l'article L 513-7 du Code général de la fonction publique²⁹. Distincts des emplois qu'ils donnent vocation à occuper (article 21), les grades ainsi délivrés sont hiérarchisés (article 17) et font l'objet d'une division interne en échelons (article 21) dont le franchissement s'opère selon des durées minimales ou maximales. Comme dans la fonction publique territoriale, les titulaires d'un grade sont répartis dans des cadres d'emplois, qui peuvent regrouper un ou plusieurs grades (article 17). Répartis dans cinq filières³⁰, ces cadres d'emplois sont eux-mêmes classés hiérarchiquement dans des

²⁷ De telles différences peuvent, au passage, être recensées selon les fonctions publiques métropolitaines concernées.

²⁸ Art. 19 et s., délibération n° 95-219 AT du 14 décembre 1995 relative aux différentes positions des fonctionnaires de la Polynésie française, *JOPF*, 2 février 1996, p. 30. Voir, par exemple, à propos d'un détachement sur emploi fonctionnel, CAA Paris, 15 mai 2007, n° 04PA03585.

²⁹ Selon l'article 7-1 de la loi organique précitée, « nonobstant l'absence de dispositions ou toute disposition contraire dans les statuts particuliers qui les régissent, les corps et cadres d'emplois relevant du statut général des fonctionnaires sont accessibles par la voie du détachement, suivi, le cas échéant, d'une intégration, aux fonctionnaires de la Polynésie française et à ceux des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs. » Cette disposition consacre, au plan organique, une possibilité dérogatoire jusqu'alors spécialement ouverte au profit des fonctionnaires de la Polynésie française en application de l'article 12 de la loi n° 95-97 du 1^{er} février 1995 étendant dans les territoires d'outre-mer certaines dispositions du code de la route et portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer, *JORF*, 2 février 1995, p. 1760.

³⁰ Il s'agit de la filière administrative et financière, la filière technique, la filière socio-éducative, culturelle et

catégories désignées par des lettres, la seule différence par rapport au système métropolitain résidant, de ce point de vue, dans la persistance d'une catégorie D. Cette organisation très classique a pour effet de graver dans le marbre réglementaire polynésien le principe même d'une trajectoire ascensionnelle du fonctionnaire. Sa rémunération, comme ses missions, sont en effet vouées à s'améliorer au gré des procédures de promotion interne et d'avancement d'échelon et de grade. Et ces procédures reposent, comme dans les fonctions publiques métropolitaines, sur les mêmes logiques de prise en compte de la valeur professionnelle et de l'ancienneté (articles 76 et suivants).

Très classique, la configuration de la carrière au sein de la fonction publique de la Polynésie française n'échappe néanmoins pas à toute critique.

Dans son rapport sur la gestion des ressources humaines de la collectivité de la Polynésie française sur les exercices 2010 et suivants, la chambre territoriale des comptes de la Polynésie française dénonçait tout d'abord la sclérose des déroulements de carrière dans la fonction publique de la Polynésie française. « Souvent bloqués à mi-parcours en raison de l'étroitesse des cadres d'emplois », ces déroulements de carrière contribuent à « limiter les mobilités internes »³¹. Aussi la juridiction financière suggérait-elle une réduction du nombre des cadres d'emploi de la fonction publique de la Polynésie française par fusion des statuts particuliers. Il faut dire que les agents se répartissent dans 55 cadres d'emplois à l'identité fonctionnelle parfois peu marquée (secrétaires médicales) ou à l'effectif marginal (formateurs professionnels)³². En plus de fluidifier et de dynamiser des carrières trop souvent sclérosées, cette refonte présenterait par ailleurs l'immense avantage de faciliter la tâche de la direction générale dont le rapport souligne, à plusieurs reprises, les défaillances dans la gestion du déroulement des carrières propre à chaque cadre d'emplois (retard dans l'avancement d'échelon).

À cette critique sur la configuration des évolutions de carrière, la chambre territoriale des comptes en ajoute une autre sur la capacité des effectifs titulaires à faire face véritablement aux missions prises en charge par la collectivité d'outre-mer. De manière générale, la chambre territoriale des comptes déplore en effet que l'organisation statutaire de la fonction publique de la Polynésie française ne réponde pas à la nécessité d'accroître dès maintenant la qualification des effectifs employés. Son rapport dresse à cet égard le constat sévère d'une fonction publique sous-encadrée, comprenant une proportion « exagérément élevée »³³ (57 % en 2018) d'agents sans qualification ou faiblement qualifiés.

Cette difficulté à relever le « défi de la qualité et de la productivité »³⁴ ne compromettrait pas seulement le rendement des services, elle fragiliserait aussi la situation d'une catégorie importante d'agents mal préparés pour faire face aux transformations à venir de l'emploi public. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la juridiction financière recommande la suppression totale des cadres d'emplois de catégorie D dans la fonction publique de la Polynésie française. Une telle évolution permettrait de libérer les marges de manœuvre indispensables à l'augmentation des recrutements dans les catégories A et B³⁵.

Le cadre juridique applicable aux agents non titulaires recrutés par la collectivité d'outre-mer est lui aussi très perfectible.

sportive, la filière de la santé et de la recherche et la filière éducative.

31 CTC Polynésie française, « Rapport sur la gestion des ressources humaines de la collectivité de la Polynésie française », exercices 2010 et suivants, 10 octobre 2019, p. 63, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/collectivite-de-la-polynesie-francaise-gestion-des-ressources-humaines>

32 *Ibid.*, p. 52.

33 *Ibidem.*

34 *Ibidem.*

35 *Ibid.*, p. 67.

II. LA COEXISTENCE DES SYSTÈMES DE LA CARRIÈRE ET DE L'EMPLOI DANS LA FONCTION PUBLIQUE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Comme toutes les fonctions publiques, celle de la Polynésie française comprend une proportion importante d'agents non titulaires, évoluant en marge des garanties procurées par le système de la carrière. La singularité des règles polynésiennes ne réside, à cet égard, pas tant dans les hypothèses de recours aux agents non titulaires (1) que dans la faiblesse des droits qui leur sont procurés (2).

1. Le recours aux agents contractuels de droit public

Le recours aux agents non titulaires est aujourd'hui envisagé aux articles 33, 34 et 36 de la délibération n° 95-215 AT précitée. Exception faite de certains agents recrutés à titre ponctuel par l'Institut de la statistique de la Polynésie française qui relèvent d'un régime de droit privé³⁶, les agents non titulaires recrutés sous l'empire du statut actuel sont soumis à un régime de droit public forgé dans une délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004³⁷. La réglementation polynésienne organisant initialement cette soumission a d'ailleurs été annulée le 20 octobre 2000 par le Conseil d'État, en raison de sa non-conformité aux dispositions alors applicables de l'article 1 de la loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française³⁸. L'article 65 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer³⁹ est ultérieurement venue surmonter cette difficulté en modifiant le libellé de l'article 1 précité de telle sorte que se trouvent désormais formellement exclus de l'application du droit du travail les « fonctionnaires et les agents non titulaires relevant du statut de droit public adopté par délibération de l'assemblée de la Polynésie française ». L'entrée en vigueur du code du travail de la Polynésie française en 2011 confirmera dans un article LP 1111-2 l'application à leur situation du droit public. On notera que cette publicisation concerne aussi désormais les agents contractuels employés par l'État en Polynésie française. Leur situation était en effet traditionnellement régie par le droit privé en application d'une ligne de conduite jurisprudentielle contestée⁴⁰. Mais l'article 8 de la loi du 5 juillet 2019 portant diverses dispositions institutionnelles en Polynésie française est venu ouvrir une brèche en faveur de l'application du droit public conformément à la logique cardinale de l'arrêt Berkani. Ainsi, sauf s'ils manifestent une intention contraire (dans un délai de 6 mois), « les agents non titulaires de l'État régis par le droit privé sont placés sous un régime de droit public à compter du 1^{er} juillet 2021 lorsqu'ils travaillent pour le compte d'un service public administratif en Polynésie française »⁴¹.

À l'image des règles applicables au recrutement des agents contractuels dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière, l'article 3 de la délibération n° 95-215 AT n'envisage

36 Voir l'article 35 de la délibération 95-215 AT, préc.

37 Délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004 modifiée relative aux agents non titulaires des services, des autorités indépendantes et des établissements publics administratifs de la Polynésie française, *JOPF*, 29 janvier 2004, p. 307.

38 CE, 20 octobre 2000, *Gouvernement de la Polynésie française*, n° 217277, inédit. Le Conseil d'État a considéré, à cette occasion, que la mise à l'écart du droit du travail proclamée dans l'article 1 précité au profit des « agents relevant d'un statut de droit public » ne s'applique pas aux agents non titulaires du territoire de la Polynésie française.

39 Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer, *JORF*, n° 167 du 22 juillet 2003.

40 Stéphane Diemert, « La Polynésie (loi organique et loi du 5 juillet 2019) », *RFDA*, 2020, p. 15.

41 Pour une comparaison avec le droit applicable (et son évolution) aux agents contractuels employés en Nouvelle-Calédonie par l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces, les communes et leurs établissements publics administratifs, voir Charles Froger, « La fonction publique en Nouvelle-Calédonie : un colosse aux pieds d'argile », *AJFP*, 2022, pp. 83-89; Edwin Matutano, « L'assemblage de quelques pièces du puzzle de l'emploi public dans l'océan Pacifique : vérité en deçà et au-delà de la barrière de feu », *AJFP*, 2016, p. 64; *Idem*, « Contrat de droit public? situation non statuaire! », *AJFP*, 2010, p. 241.

que de manière dérogatoire le recrutement d'agents non titulaires pour occuper des emplois permanents. Le principe est donc celui de la priorité reconnue aux fonctionnaires titulaires pour occuper les emplois permanents des services de la collectivité d'outre-mer et de ses établissements publics administratifs⁴². Toujours est-il que la souplesse nécessaire à la gestion pragmatique des effectifs a débouché sur l'introduction, dans les statuts polynésiens, de dérogations analogues à celles qui prolifèrent dans les fonctions publiques métropolitaines. Sans entrer dans les détails, on retrouve les mêmes possibilités de recourir aux agents contractuels pour faire face à la vacance temporaire d'un emploi, à l'occupation d'emplois fonctionnels ou encore à l'exercice de missions nécessitant des connaissances techniques spécialisées (article 33).

En 2018, les agents contractuels de droit public représentaient 17 % de l'effectif payé, soit 847 agents sur un total de 4848. Cette proportion était en hausse de 6 % par rapport à l'année 2010⁴³. Il faut dire que l'ampleur de la charge budgétaire et des contraintes matérielles associées au déroulement des concours a parfois conduit la collectivité à alléger la fréquence de leur organisation au cours des dernières années. Cette organisation intermittente n'a pas seulement provoqué mécaniquement l'augmentation de l'embauche non titulaire. Elle a aussi conduit la collectivité d'outre-mer à prolonger, au nom de la continuité du service public, la durée des recrutements des agents déjà en poste, en dérogeant ponctuellement aux dispositions de la délibération précitée n° 2004-15 PAF relatives à la durée maximale de recrutement des agents non titulaires. Le décalage, à deux reprises, des dates d'organisation du concours de recrutement des attachés d'administration initialement prévu au cours de l'année 2020 semble encore attester de la difficulté de la collectivité d'outre-mer à organiser les recrutements par concours.

De l'avis général de la chambre territoriale des comptes, les hypothèses de recours aux agents non titulaires prévues dans les articles 33 et suivants de la délibération n° 95-215 AT devraient être considérablement élargies. La collectivité d'outre-mer a certes adopté ces dernières années quelques textes allant dans ce sens, mais ces évolutions restent, aux yeux de la juridiction financière, nettement insuffisantes compte tenu des difficultés parfois rencontrées pour pourvoir valablement, par voie de concours, les postes mis au recrutement. S'agissant de l'organisation des concours en 2017 dans la filière administrative et financière, son rapport révèle par exemple que « sur 107 postes d'attachés, 83 postes ont été pourvus en faisant appel à la liste complémentaire »⁴⁴.

Dans un tel contexte, c'est le principe même de la priorité accordée au recrutement des fonctionnaires pour occuper les emplois permanents que la juridiction financière préconise d'abandonner. Aussi recommande-t-elle de modifier l'article 3 de la délibération n° 95-215 AT afin que les « emplois soient indifféremment ouverts aux fonctionnaires ou aux contractuels selon leurs spécificités et les besoins de la collectivité »⁴⁵. On notera que le champ de cette préconisation ne se limite pas à certains secteurs d'activité mais s'étend, de manière générale, à tous les domaines fonctionnels. Le recours au concours et aux fonctionnaires titulaires pour pourvoir aux nécessités du recrutement dans les effectifs de la fonction publique de la Polynésie française n'est certes pas condamné. Mais la remise en cause de la priorité des fonctionnaires pour occuper les emplois permanents – qui constitue tout de même l'une des règles les mieux

42 La Polynésie française n'hésite d'ailleurs pas à mettre un terme aux contrats de recrutement pour libérer les emplois nécessaires à l'affectation des agents titulaires.

43 CTC Polynésie française, « Rapport sur la gestion des ressources humaines de la collectivité de la Polynésie française », *op. cit.*, p. 53.

44 *Ibid.*, p. 29.

45 Loi du Pays n° 2016-24 du 8 juillet 2016 portant dérogation, à titre exceptionnel, à la durée maximale de recrutement des agents non titulaires dans le cadre des concours de recrutement ouverts au titre de l'année 2016, *JOPE*, 8 juillet 2016, p. 3122.

établies du droit de la fonction publique – en dit long sur la réserve éprouvée par la juridiction financière locale relativement à l'efficacité de ce mode de recrutement pour répondre aux besoins de la collectivité d'outre-mer.

Il n'en reste pas moins que l'élargissement des cas de recours aux agents non titulaires risque, en tout état de cause, d'être dépourvu de la moindre utilité pour répondre aux besoins quantitatifs et qualitatifs de recrutement s'il n'est pas accompagné à terme d'une amélioration de leur statut. Or sur ce point, la fonction publique de la Polynésie française semble encore bien loin des évolutions entamées en métropole pour étendre aux agents non titulaires certaines des garanties dont bénéficient habituellement les fonctionnaires titulaires.

Et si l'émergence d'une « fonction publique contractuelle »⁴⁶ ne fait plus guère de doute en métropole, la Polynésie française donne encore l'impression de confiner l'essentiel de ses agents non titulaires dans une « sous fonction publique »⁴⁷.

2. La faiblesse des garanties statutaires procurées aux agents non titulaires de droit public

La délibération n° 2004-15 APF n'institue pas un régime homogène de l'emploi public non titulaire. Certaines catégories d'agents non titulaires de la collectivité d'outre-mer et de ses établissements publics administratifs bénéficient, à cet égard, de conditions d'emploi plus avantageuses, tant au regard de leurs modalités de rémunération que de la durée de leur engagement. Il s'agit pour l'essentiel des agents non titulaires nommés sur des emplois fonctionnels, de ceux recrutés pour assurer des fonctions nécessitant des connaissances techniques spécialisées, de ceux recrutés au sein des autorités administratives indépendantes ou encore de ceux recrutés à l'extérieur de la Polynésie française en cas d'absence de candidat répondant au profil requis⁴⁸. Mais, hormis ces cas dérogatoires, l'essentiel des agents non titulaires de la fonction publique de la Polynésie française est soumis à un régime réglementaire qui restreint fortement la durée de leur recrutement comme le montant de leur rémunération⁴⁹. Sur ces deux points, le droit local polynésien est de toute évidence resté en marge des avancées législatives et jurisprudentielles les plus significatives qui ont, ces derniers temps, bénéficié aux agents contractuels métropolitains.

S'agissant de la durée des engagements, le décrochage par rapport à la possibilité offerte en métropole de conclure des contrats à durée indéterminée est évident. Introduite, par exemple, au début des années 2000 dans la fonction publique territoriale, cette avancée permet bien sûr de réduire la précarité dans les effectifs autrement que par le recours aux expédients habituels de l'intégration. Elle contribue aussi et surtout à augmenter l'attractivité de l'embauche dans la fonction publique pour les candidats les plus qualifiés. Ces dispositifs nationaux ne se bornent pas à autoriser le recrutement *ab initio* d'agents à durée indéterminée. Ils obligent également les employeurs qui souhaitent renouveler un agent contractuel au-delà de six ans, à transformer son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. L'article 71 de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a même renforcé la portabilité de ces contrats à durée indéterminée auprès des employeurs publics relevant des trois versants. La lecture de la délibération n° 2004-15 APF précitée, qui ne mentionne nullement la possibilité de conclure

⁴⁶ Laura Regairaz, *La fonction publique contractuelle*, Presses Universitaires Savoie Mont-Blanc, 2021.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Voir les articles 9 et suivants ainsi que les articles 21 et suivants de la délibération précitée n° 2004-15 APF.

⁴⁹ De manière générale, la durée totale d'engagement en tant qu'agent non titulaire auprès d'une même personne morale de droit public assujettie à l'obligation d'appliquer à ses effectifs les règles statutaires de la fonction publique de la Polynésie française ne peut dépasser 3 ans.

des contrats à durée indéterminée, révèle que le droit de la fonction publique de la Polynésie française est resté en retrait par rapport à ce mouvement⁵⁰.

Les règles applicables à la rémunération des agents non titulaires dans la fonction publique de la Polynésie française illustrent également ce décrochage. Le principe fixé par l'article 21 de la délibération précitée n° 2004-15 APF est en effet encore celui de la perception d'une rémunération correspondant à l'indice associé au 1^{er} échelon du cadre d'emplois de recrutement de référence de la fonction publique de la Polynésie française. Les dernières évolutions législatives du droit des fonctions publiques métropolitaines s'efforcent, bien au contraire, de rompre avec cette approche sclérosée qui déprécie fortement le recrutement contractuel dans les trois versants nationaux. Elles s'attachent en effet à adapter la rémunération de l'agent selon les « fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par l'agent ainsi que son expérience »⁵¹. Mieux encore, l'obligation est même désormais faite aux employeurs publics de réévaluer, au moins tous les trois ans, la rémunération de leurs agents contractuels « au vu des résultats des entretiens professionnels [...] ou de l'évolution des fonctions »⁵². La réglementation polynésienne n'est pas seulement hermétique à ces avancées législatives, pourtant destinées à accentuer l'attractivité du recrutement non titulaire dans la fonction publique. En imposant le principe d'une rémunération des agents non titulaires sur la base de l'indice correspondant au premier échelon du grade de référence – sans considération aucune des fonctions exercées, du niveau de qualification de l'agent, de son expérience ou de la rémunération versée aux agents titulaires exerçant des fonctions analogues – elle s'inscrit également en faux par rapport à la ligne de conduite jurisprudentielle bien établie qui a inspiré ces avancées législatives⁵³.

Il est vrai cependant que la collectivité d'outre-mer s'est efforcée de valoriser, il y a quelques années, l'expérience professionnelle éventuellement acquise par les agents non titulaires qu'elle souhaite engager. Une délibération du 24 mars 2016 est ainsi venue modifier les statuts particuliers des cadres d'emplois d'ingénieurs, de techniciens et d'attachés d'administration pour étendre aux agents non titulaires la même possibilité de reprise d'ancienneté que celle ouverte au profit des agents titulaires⁵⁴. En application de ce dispositif, les agents non titulaires de la fonction publique de la Polynésie française peuvent donc, désormais, obtenir au moment de leur recrutement une bonification de leur rémunération, à raison de leurs expériences professionnelles précédentes. L'initiative est louable et permettra d'accroître l'attractivité

50 Dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière, 46 % des effectifs contractuels bénéficieraient aujourd'hui d'un contrat à durée indéterminée, voir l'étude d'impact du projet de loi de transformation de la fonction publique, 27 mars 2019, p. 256, <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000038274919/>

51 Voir sur ce point la formulation – récemment modifiée par la loi n° 2019-218 de transformation de la fonction publique – de l'article 20 du titre I du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales. Sur cette question, voir Charles Froger, « La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique et le déroulement de la carrière des agents publics. Une pierre managériale supplémentaire dans l'édifice statutaire », *AJDA*, 2019, pp. 2364-2371.

52 Voir tout particulièrement l'article 1-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ou l'article 1-3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application des articles 7 et 7 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

53 Voir sur ce point Clément Benelbaz, « La rémunération des agents contractuels », *AJDA*, 2017, p. 396-404. Voir CE, avis, 28 juill. 1995, n° 168605, *Préfet du Val-d'Oise, Rec.*, p. 328 et CE, 30 décembre 2013, *Coste*, n° 348057, *Rec. tables*, *AJDA*, 2014, p. 1335, note Clément Benelbaz.

54 Délibération n° 2016-24 APF du 24 mars 2016 portant modification des règles relatives à la reprise d'ancienneté des attachés d'administration, des ingénieurs et des techniciens de la fonction publique de la Polynésie française, *JOPF*, 5 avril 2016, p. 3473.

du recrutement en tant qu'agent non titulaire pour exercer des fonctions techniques ou d'encadrement administratif, dont la dévolution par voie de concours ne donnerait pas complètement satisfaction. Mais, outre qu'elle ne concerne que certains cadres d'emplois, cette avancée réglementaire ne permet pas une reprise systématique de l'intégralité de la durée de l'ancienneté accumulée par l'agent. Surtout, comme on le verra⁵⁵, elle se refuse à valoriser toutes les expériences professionnelles. En particulier, les expériences professionnelles accumulées dans les fonctions publiques métropolitaines ne donnent aucunement droit au bénéfice de cette reprise d'ancienneté...

Une telle restriction en dit, au passage, long sur la réserve que le droit de la fonction publique de la Polynésie française témoigne aujourd'hui encore aux candidats venus d'ailleurs...

III. LE PROTECTIONNISME STATUTAIRE EN MATIÈRE D'ACCÈS AUX EMPLOIS DE LA FONCTION PUBLIQUE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE ?

La fonction publique de la Polynésie française n'est bien entendu pas une fonction publique fermée sur elle-même. Mais la question de l'accès exogène à l'emploi privé comme public est depuis longtemps devenue sensible dans ce territoire océanien⁵⁶. Il faut dire qu'en plus d'être très éloignée des grands bassins d'emplois métropolitains ou étrangers, la Polynésie française ne possède pas d'appareil productif assez puissant pour répondre complètement aux attentes de la population insulaire en matière d'embauche. Ce contexte a très tôt favorisé l'émergence au plan politique d'une revendication favorable à l'endo-recrutement et à « l'océanisation de l'emploi »⁵⁷. Cette revendication protectionniste a reçu un écho favorable dans l'article 18 de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française même si, à ce jour, le statut général de la fonction publique de la Polynésie française n'organise formellement aucun système de préférence locale à l'embauche au profit des résidents polynésiens (1). En revanche, la réglementation locale recèle plusieurs dispositions qui ont pour effet de défavoriser les mobilités vers la fonction publique de la Polynésie française des agents en provenance d'autres fonctions publiques (2).

1. L'absence actuelle de protectionnisme au profit des résidents

L'histoire de la construction statutaire de la fonction publique de la Polynésie française révèle une hostilité tenace de la collectivité d'outre-mer au recrutement des candidats exogènes, en dépit de leur nationalité française. Cette volonté de promouvoir ce qu'il est convenu d'appeler une préférence locale à l'embauche s'était, par exemple, déjà exprimée dans le statut général des cadres territoriaux forgé par la délibération précitée n° 63-2 du 18 janvier 1963. Son article 20 s'opposait en effet à ce que la qualité de fonctionnaire du territoire de la Polynésie française

⁵⁵ Voir *infra* III., 2.

⁵⁶ Il n'est pas rare, en effet, que des mouvements de protestation se cristallisent autour d'opérations de recrutement qui ont profité à des candidats fraîchement arrivés sur le territoire au détriment de candidats locaux. Une décision récente du Défenseur des droits sur les discriminations à l'emploi pratiquées au détriment des candidats extérieurs atteste de la prégnance du protectionnisme professionnel. Voir la décision du Défenseur des droits n° 2018-081 relative au rejet d'une candidature par une compagnie aérienne d'une collectivité d'outre-mer qu'il estime discriminatoire en raison de son origine, son lieu de résidence et/ou sa situation de famille, 2 mars 2018, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17343

⁵⁷ En 1947, l'opposition du leader anticolonialiste polynésien Pouvanaa a Oopa à la prise de fonction de trois fonctionnaires métropolitains au prétexte que les emplois auxquels ils étaient destinés pouvaient être occupés par des insulaires constitue, dans l'histoire polynésienne, une manifestation symbolique de cette revendication. Voir Michel Lextre, « De l'éveil à la vie politique à l'échec de la première expérience d'autonomie interne 1945-1962. Les combats de Pouvana'a a Oopa », in Éric Conte (dir.), *Une histoire de Tahiti. Des origines à nos jours*, Au vent des îles, 2019, p. 255-272.

puisse être attribuée à une personne qui n'a pas « résidé au minimum 5 ans consécutifs dans le territoire ». Les dispositions statutaires adoptées en 1991 puis en 1992 reproduiront cette exigence résidentielle défavorable aux candidats venus d'ailleurs⁵⁸. La disposition a certes été rapidement annulée par des décisions du tribunal administratif confirmées quelques années plus tard par le Conseil d'État dans un arrêt du 6 janvier 1995⁵⁹.

Mais l'adoption le 27 février 2004 de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française a relancé, à la fin des années 2000, le débat sur l'application d'une préférence locale pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Polynésie française. Son article 18 autorise en effet la collectivité d'outre-mer à favoriser, « à égalité de mérites », l'accès aux emplois de la fonction publique de la Polynésie française « des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières ». Il y aurait sans doute beaucoup à dire sur les vertus et les limites de l'application aux néorésidents d'une telle discrimination positive professionnelle, qui concerne d'ailleurs l'accès à l'emploi public local comme l'accès à l'emploi privé local⁶⁰. Toujours est-il que la collectivité d'outre-mer avait cru pouvoir se fonder sur l'article 18 précité pour adopter, en 2009, une loi du pays réservant dans la plupart des cadres d'emplois près de 95 % des postes ouverts au concours externe au seul recrutement des candidats dotés de 5 ans de résidence en Polynésie française⁶¹. En dépit même de l'ancrage organique dont il se réclamait, ce système protectionniste restrictif de l'embauche des ressortissants français nouvellement installés en Polynésie française n'a, une fois de plus, pas résisté au contrôle pratiqué par le Conseil d'État. Son arrêt du 25 novembre 2009 a en effet annulé les dispositions nouvellement adoptées au motif qu'elles portaient une atteinte excessive au principe d'égale admissibilité aux emplois publics⁶². Dans un arrêt rendu le même jour, le Conseil d'État a réservé un sort identique aux dispositions réglementaires adoptées pour organiser une préférence locale à l'embauche dans le secteur privé⁶³.

On aurait pu s'attendre à ce que l'adoption, puis l'entrée en vigueur en 2019 d'un nouveau dispositif réglementaire organisant un accès préférentiel à l'emploi privé au profit des candidats domiciliés depuis suffisamment longtemps en Polynésie française s'accompagnent concomitamment d'un dispositif analogue applicable à l'emploi public⁶⁴. Et cela d'autant plus que l'organisation d'une préférence locale à l'embauche s'était dans l'intervalle concrétisée dans les statuts des fonctions publiques territoriales et communales de la Nouvelle-Calédonie⁶⁵. Il

58 Voir l'article 5 alinéa 6 des délibérations n° 91-36 AT du 29 janvier 1991 portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française, *JOPF*, 14 février 1991, p. 279 et n° 92-119 AT du 23 juillet 1992 portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française, *JOPF*, 13 août 1992, p. 1488.

59 TA Polynésie française, 12 décembre 1991, n° 91-137 et 214, TA Polynésie française, 29 juin 1993, n° 93-00088 et CE, 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, n° 152654, *Rec.* On notera cependant que quelques années plus tôt, la Cour d'appel de Papeete s'était refusée à voir dans cette condition de résidence une atteinte aux libertés fondamentales et au principe d'égalité de nature à justifier une voie de fait, la CA Papeete, 16 mars 1989, *Territoire de la Polynésie française c/ M. Bernard Lenice*.

60 Grégoire Calley, « La préférence locale à l'embauche en Polynésie française », *RRJ*, 2021, p. 374.

61 Loi du pays n° 2009-7 LP/APF du 19 mai 2009 portant mesures d'application, dans la fonction publique de la Polynésie française, des dispositions de l'article 18 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JOPF*, 28 mai 2009, p. 2269.

62 CE, 25 novembre 2009, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, n° 328776, *Rec.*; *AJDA* 2010, p. 629, concl. Julien Boucher et note Michel Verpeaux.

63 CE, 25 novembre 2009, *Société Polynésie intérim et autres*, n° 329047, *Rec.*

64 Loi du pays n° 2019-30 du 5 novembre 2019 relative à la promotion et à la protection de l'emploi local, *JOPF*, n° 66 S, 5 novembre 2019, p. 7868. Voir Grégoire Calley, « La préférence locale à l'embauche en Polynésie française », *op. cit.*

65 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, *JONC*, 22 décembre 2016, p. 13894. Voir également

n'en a rien été. La loi du pays du 5 novembre 2019 relative à la promotion et à la protection de l'emploi local ne contient en effet aucune mesure relative à la protection de l'emploi local dans la fonction publique de la Polynésie française.

Il n'est à cet égard pas certain que l'organisation en Polynésie française d'une préférence locale à l'embauche exclusivement applicable à l'emploi privé soit pleinement conforme à la lettre même de l'article 18 de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Cet article n'impose, il est vrai, à la collectivité d'outre-mer aucune obligation de pratiquer *ex nihilo* une préférence locale en matière d'accès à l'emploi public. C'est d'ailleurs là une différence remarquable par rapport au cadre organique calédonien⁶⁶. Mais l'article 18 précité indique clairement que les mesures préférentielles éventuellement prévues pour l'accès à l'emploi salarié du secteur privé « sont appliquées dans les mêmes conditions pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Polynésie française et des communes ». Le recours à cette formulation impérative n'est pas anodin. Et on peut raisonnablement en déduire que la collectivité d'outre-mer est tenue d'organiser – sous une forme ou sous une autre – une préférence locale pour l'accès à sa fonction publique, dès l'instant où elle l'a fait pour l'accès à l'emploi privé. Qui sait d'ailleurs si l'absence actuelle de règles préférentielles favorisant l'embauche des résidents les plus anciennement installés ne pourrait pas, un jour, être contestée dans le cadre d'un recours juridictionnel contre une opération de recrutement de la collectivité d'outre-mer ou de l'un de ses établissements publics administratifs...

Cette absence statutaire de dispositif préférentiel au profit des anté-résidents n'épuise toutefois pas complètement le débat sur le protectionnisme polynésien en matière d'accès à l'emploi public. Tout d'abord, parce que la collectivité d'outre-mer pourrait un jour étendre à l'accès à la fonction publique de la Polynésie française le système qu'elle a forgé pour l'accès à l'emploi privé. Ensuite et surtout, parce que certaines dispositions statutaires actuellement en vigueur témoignent d'une autre forme de protectionnisme, dirigée cette fois contre les agents en provenance d'autres fonctions publiques.

2. L'existence d'un protectionnisme à l'encontre des agents en provenance des autres fonctions publiques

Dans son rapport précité, la chambre territoriale des comptes de la Polynésie française insistait sur la nécessité d'aménager dans le statut général de la fonction publique de la Polynésie française les « passerelles les plus commodes entre les fonctions publiques »⁶⁷. Force est de constater que la réglementation applicable à la fonction publique de la Polynésie française s'inscrit en faux par rapport à cette recommandation. Les textes statutaires recèlent en effet plusieurs dispositions défavorables, non seulement au recrutement des agents publics en provenance d'une autre fonction publique, mais aussi au déroulement de leur carrière.

Tout d'abord, l'accès aux concours internes de la fonction publique de la Polynésie française est réservé « aux fonctionnaires relevant du statut de la fonction publique de la Polynésie française » et « aux agents non-fonctionnaires de l'administration de la Polynésie française »⁶⁸. L'exclusion ainsi pratiquée au détriment de tous les agents publics en provenance d'une autre fonction publique est très significative de la volonté de dresser des remparts contre l'afflux des agents publics venus d'ailleurs. Cette forme d'endorecrutement sanctuarise d'une manière très

Grégoire Calley, « Préférence locale et accès aux emplois des administrations calédoniennes », *RDP*, 2018, p. 1537.
66 Cons. Constit., décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014, *Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie*; *AJDA*, 2015, p. 224, note Jean-Paul Pastorel.

67 CTC Polynésie française, « Rapport sur la gestion des ressources humaines de la collectivité de la Polynésie française », *op. cit.*, p. 63.

68 Voir l'article 53 de la délibération n° 95-215 AT précitée.

singulière à la fois la promotion interne des fonctionnaires titulaires de la fonction publique de la Polynésie française, mais aussi l'accès à la carrière de ses agents non titulaires. Il s'agit là d'une restriction qui ne trouve à notre connaissance pas d'équivalent dans les textes statutaires applicables aux fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière. Ces textes nationaux ouvrent bien au contraire la voie de la promotion interne par concours aux agents en provenance d'autres fonctions publiques, y compris, selon toute logique, au profit des agents de la fonction publique de la Polynésie française⁶⁹.

Ensuite, les règles de reprise d'ancienneté au moment du classement des fonctionnaires titulaires dans certains cadres d'emplois de la fonction publique de la Polynésie française établissent de curieuses distinctions⁷⁰. À l'image des évolutions statutaires métropolitaines, dont elles sont de toute évidence inspirées, elles organisent au profit de cette catégorie d'agents une reprise d'ancienneté au titre de leurs fonctions précédemment exercées en tant qu'agent contractuel. Le bénéfice de ce mécanisme a même été étendu aux agents recrutés par la collectivité d'outre-mer ou ses établissements publics administratifs sur la base d'un contrat. Mais la reprise d'ancienneté se limite à ce jour aux seuls services accomplis en qualité d'agent contractuel de la fonction publique de la Polynésie française ou de la fonction publique des communes de la Polynésie française, en qualité de collaborateur de cabinet et en qualité de personne titulaire dans le secteur privé d'une expérience susceptible d'être rapprochée des fonctions dévolues aux membres des cadres d'emplois concernés. Dans ces cadres d'emplois, l'ancienneté acquise en tant qu'agent contractuel des autres fonctions publiques, en particulier métropolitaines, se trouve donc encore exclue de ce mécanisme de reprise d'ancienneté. La situation pourrait cependant évoluer suite à l'adoption éventuelle par l'assemblée de la Polynésie française du projet de refonte des mécanismes statutaires de reprise d'ancienneté, récemment déposé par le gouvernement de la Polynésie française.

Là encore, ces différences de traitement selon la fonction publique d'appartenance sont originales si l'on se réfère au droit applicable aux fonctions publiques d'État, hospitalière ou territoriale qui organise de manière plus extensive la reprise de l'ancienneté acquise en tant qu'agent public non titulaire⁷¹. De telles spécificités normatives polynésiennes n'ont certes pas pour effet d'empêcher radicalement l'accès des agents qui en pâtissent à la fonction publique de la Polynésie française. La nomination dans les effectifs de la fonction publique de la Polynésie française d'agents en provenance d'autres fonctions publiques ne peut d'ailleurs guère être discutée. L'absence de reprise de leur ancienneté aura simplement pour effet, si l'on ose dire, de minorer leur rémunération par rapport à celle qui sera versée à un agent ayant eu la même expérience contractuelle au sein de l'une des fonctions publiques polynésiennes. De la même manière, la réservation de la voie du concours interne aux seuls agents de la fonction publique de la Polynésie française n'empêche pas ceux en provenance d'autres fonctions publiques de se présenter aux concours externes. Mais de telles restrictions produisent assurément un effet dissuasif sur les projets éventuels d'intégration à la fonction publique de la Polynésie française. Elles alimentent aussi quelques interrogations juridiques. Il faut bien avouer, en

69 Voir l'article L 325-3 CGFP. On peut cependant trouver trace d'un tel endo-recrutement dans l'organisation de concours interne dans la fonction publique militaire. Voir, par exemple, les articles 4 et suivants du décret n° 2012-1029 du 5 septembre 2012 portant statut particulier du corps des commissaires des armées.

70 Délibération n° 2016-24 APF du 24 mars 2016 portant modification des règles relatives à la reprise d'ancienneté des attachés d'administration, des ingénieurs et des techniciens de la fonction publique de la Polynésie française, *JOPF*, 5 avril 2016, p. 3473.

71 Voir, par exemple, dans la fonction publique territoriale, l'article 7 du décret n° 2006-1695 du 22 décembre 2006 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux cadres d'emplois des fonctionnaires de la catégorie A de la fonction publique territoriale, *JORF*, 29 décembre 2006, p. 11. Il est vrai cependant que ces mécanismes ne profitent qu'aux agents recrutés en tant que titulaires.

effet, que les différences de traitement pratiquées en matière de reprise d'ancienneté selon le type d'employeur public auprès duquel cette ancienneté a été acquise sont troublantes. Et la question de leur conformité au principe d'égalité mérite en tout cas d'être posée.

Enfin, comment ne pas remarquer que, si la collectivité d'outre-mer accueille chaque année de nombreux agents détachés dans ses effectifs, elle ne leur aménage aucune perspective d'intégration dans leur cadre d'emplois d'accueil, en dépit parfois du renouvellement durable de leur détachement⁷². Les conditions financières dont profitaient habituellement les agents détachés dans la fonction publique de la Polynésie française ont même récemment été dégradées⁷³. Et tout semble avoir été fait pour rendre leur passage transitoire de manière à éviter qu'ils s'installent durablement dans des emplois qui pourraient un jour être occupés par des agents titulaires ou contractuels de la fonction publique de la Polynésie française⁷⁴.

Lorsque l'on examine la mise en œuvre des systèmes de la carrière et de l'emploi en Polynésie française, on est saisi par le décalage entre l'ampleur des perspectives ouvertes par l'autonomie statutaire et la faiblesse de leur exploitation dans le domaine du droit de la fonction publique. Il serait certes abusif de voir dans la construction statutaire polynésienne une simple duplication des modèles métropolitains véhiculés par les fonctions publiques d'État, territoriale ou hospitalière. Mais force est de reconnaître que si la Polynésie française a exploité son autonomie statutaire dans la construction du cadre normatif applicable à sa fonction publique, c'est surtout pour dissuader les candidats exogènes d'y faire carrière. Et encore n'a-t-elle toujours pas aujourd'hui encore exploité pleinement les marges de manœuvre que lui concède l'article 18 de la loi organique pour réguler l'accès à la fonction publique de la Polynésie française en fonction de la durée d'installation dans le territoire des candidats.

Si l'on excepte les initiatives protectionnistes susmentionnées et les modalités spéciales de transfert de personnel à l'occasion des reprises en régie, les règles de recrutement et de carrière ne diffèrent pas fondamentalement, dans l'immense majorité des cas, de celles applicables dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière. Ou, pour être plus précis, elles ne diffèrent pas fondamentalement de celles applicables il y a quelques années dans ces fonctions publiques métropolitaines. Car, à la différence de l'État, la Polynésie française n'a pour l'heure pas véritablement entamé les réformes destinées, en particulier, à diversifier les modes de recrutement dans la fonction publique et à augmenter l'attractivité statutaire du recrutement contractuel.

Pourtant, les marges de manœuvre offertes à cette collectivité d'outre-mer pour élaborer le cadre normatif applicable à la gestion de ses effectifs sont considérables. À la vérité, cette liberté procurée par l'autonomie statutaire trouve sa limite essentielle dans l'application du principe d'égalité et de ses déclinaisons propres au droit de la fonction publique, au premier rang desquelles figure l'égalité d'admissibilité aux emplois publics, d'ailleurs rappelée dans l'article 137 de la loi organique statutaire. Néanmoins, les contraintes découlant du principe d'égalité ne nous semblent pas faire obstacle à ce que la Polynésie française fasse émerger un modèle de fonction publique nettement plus original. Mieux encore, rien ne semble s'opposer à ce que cette dernière prenne davantage ses distances avec le modèle métropolitain d'une fonction

72 Voir l'article 4 de la délibération n° 2023-61 APF du 26 octobre 2023.

73 Le versement d'une rémunération indexée constituait assurément la manifestation la plus remarquable de l'attractivité financière du détachement dans la fonction publique du territoire de la Polynésie française. Moins favorable, le nouveau régime de rémunération des agents détachés dans la fonction publique de la Polynésie française est désormais prévu dans l'article 6 de la délibération n° 2023-61 APF du 26 octobre 2023.

74 Voir sur ce point la formulation très explicite de l'article 3 bis de la délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 précitée qui n'envisage le détachement que « dans le cas où la nécessité d'assurer la continuité du service public l'impose, devant l'absence de candidat correspondant au profil requis ».

publique essentiellement assise sur le système de la carrière et se rapproche des modèles de l'emploi, particulièrement anglo-saxons, ayant cours dans d'autres États du Pacifique Sud. Les marges de manœuvre procurées par son statut d'autonomie semblent en tout cas lui permettre de supprimer bien des règles qui sont parfois défavorablement attachées au modèle de la carrière. On pense, par exemple, à l'avancement d'échelon à l'ancienneté ou à la priorité de recrutement des fonctionnaires titulaires pour occuper les emplois permanents. On pense aussi au principe de la séparation du grade et de l'emploi dont la suppression conduirait la Polynésie française à rompre avec le modèle de la carrière. Aucune de ces règles habituelles du droit de la fonction publique ne procède en effet d'une norme constitutionnelle ou d'un principe général du droit. Ne relevant pas du bloc de légalité applicable au contrôle juridictionnel pratiqué sur les lois du pays, elles ne constituent pas un carcan pour la collectivité d'outre-mer qui est donc parfaitement libre de s'en affranchir⁷⁵. Mais avoir le choix est une chose, avoir l'envie en est une autre.

⁷⁵ Voir l'article 177 de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, préc.

La fonction publique dans les îles Wallis-et-Futuna

Edwin Matutano

Docteur en droit, avocat à la cour, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Exposer l'état de l'organisation de la fonction publique dans les îles Wallis-et-Futuna apparaît une tâche plus ardue qu'il pourrait le sembler de prime abord. La fonction publique dans l'archipel répond, en effet, au cumul de plusieurs dérogations au droit commun, ce qui la place dans une situation toute singulière.

Assurément, son étude, parmi la situation des fonctions publiques océaniques, présente un grand intérêt, car elle ne se confond pas, pour limiter la comparaison avec les autres collectivités territoriales françaises du continent, avec les fonctions publiques néo-calédonienne et polynésienne. Chacune présente un cas de figure particulier et il convient d'emblée de faire observer que la situation dans l'archipel des îles Wallis-et-Futuna se distingue de celle que connaît la Nouvelle-Calédonie, et de celle en vigueur en Polynésie française.

Ainsi qu'il en est fréquemment du droit applicable dans les outre-mer, les règles du droit de la fonction publique à Wallis-et-Futuna apparaissent comme oscillant entre des persistances du passé et des expériences pionnières, sentinelles pour le droit commun. En outre et ce n'est pas sa moindre caractéristique, le droit de la fonction publique y est un sujet de préoccupation constant. L'avènement d'un nouveau statut pour les agents non permanents des circonscriptions territoriales de l'archipel a, sans doute, apporté un élément de stabilité qui faisait défaut durant la dernière décennie.

À l'instar non seulement de toute autre collectivité territoriale ultramarine, mais également de n'importe quelle collectivité territoriale française, le droit de la fonction publique y est intimement lié aux institutions locales et à leur spécificité éventuelle¹. Et cette caractéristique imprègne également le droit applicable aux agents publics exerçant temporairement leurs fonctions dans les Terres australes et antarctiques françaises. Or, le régime institutionnel de l'archipel des îles Wallis-et-Futuna, organisé par la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'Outre-mer*, est profondément original. Outre la reconnaissance expresse par les articles 2 et 3 de cette loi du statut personnel relevant du droit coutumier des Français originaires de l'archipel, le rôle et la mission de l'administrateur supérieur prévus tant par l'article 8 de ladite loi, en sa qualité d'autorité de la République, que par son article 9, en sa qualité d'institution territoriale, dévoilent la nature amphibie de la fonction publique à Wallis-et-Futuna.

C'est ainsi que se dessinaient les deux traits profonds du droit de la fonction publique à Wallis-et-Futuna que sont, en premier lieu, des règles sises entre droit privé et droit public et, en second lieu, une absence de différenciation entre fonction publique de l'État et fonction publique « territoriale ». Cette dernière expression est employée ici entre guillemets, par référence à la fonction publique territoriale de droit commun², mais également aux fonctions publiques

¹ C'est ainsi que les administrations parisiennes sont dotées d'une fonction publique spécifique, empruntant au statut de la fonction publique de l'État et à celui de la fonction publique territoriale et que, indépendamment des règles spéciales en vigueur en Océanie, le droit de la fonction publique applicable à Mayotte fut longtemps *sui generis*, reflétant ainsi la situation institutionnelle d'alors de cet archipel.

² Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

de la Nouvelle-Calédonie (la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie)³, et aux fonctions publiques de la Polynésie française⁴.

Ce schéma original, qu'il convient d'étudier, en premier lieu, a été bouleversé sous la double influence de l'intervention d'un quasi-statut à l'attention des agents publics exerçant des missions relevant de la compétence de l'État et de l'avènement annoncé d'une fonction publique territoriale *ad hoc*, à l'attention des agents exerçant des fonctions pour le compte de la collectivité territoriale ou de ses établissements publics.

I. UNE FONCTION PUBLIQUE SOUMISE AU DROIT PRIVÉ : LE PARADOXE DE LA SITUATION ANTÉRIEURE

La fonction publique, ou du moins l'ensemble des agents placés sous l'autorité de l'administrateur supérieur, relevait, jusqu'à l'intervention du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022, principalement du droit privé et ce n'était pas le moindre des paradoxes de la situation. Ainsi, était-il permis de s'interroger sur la réalité de l'existence d'une fonction publique dans les îles Wallis-et-Futuna, tant il est vrai que la qualité du statut de fonctionnaire en France découle de règles de droit public. Et il n'est pas indifférent de relever, à cet égard, qu'un ouvrage récent publié conjointement par le Conseil d'État et la Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique (DGAFP) ne dit mot à son sujet⁵.

S'autoriser à parler de « fonction publique » à propos d'agents qui étaient soumis à des règles qui sont également applicables aux personnes exerçant une activité privée apparaît comme un oxymore.

À y regarder de près et afin d'être complet, il convient toutefois d'observer que des fonctionnaires furent, à toute époque, en exercice dans l'archipel; il s'agissait des fonctionnaires de l'État qui y étaient – et demeurent, à l'heure actuelle – affectés temporairement, en vertu des dispositions du décret n° 96-1026 du 26 novembre 1996 *relatif à la situation des fonctionnaires de l'État et de certains magistrats dans les territoires d'outre-mer de Nouvelle-Calédonie, de Polynésie française et de Wallis-et-Futuna*. Pour n'être pas des agents publics de la collectivité ultramarine et ne pas présenter, même, les spécificités statutaires des agents des corps de l'État pour l'administration de la Polynésie française dits CEAPF⁶, ces agents publics incarnent le droit commun de la fonction publique de l'État dans l'archipel.

Pour la durée de leur séjour réglementée par les dispositions du décret du 26 novembre 1996 précité, lesdits agents ressortissent évidemment des dispositions des titres I^{er} et II^e du statut des fonctionnaires, pour ceux ayant la qualité de fonctionnaire⁷ et de celles de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, s'agissant de ceux ayant la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire. En outre, il n'existait pas jusqu'en 2022 de

Aujourd'hui codifiée dans le code général de la fonction publique (Partie législative) en vertu de l'ordonnance n°2021-1574 du 24 novembre 2021.

3 Voir la contribution de Charles Froger dans cet ouvrage.

4 Régies par la délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 portant statut général du territoire de la Polynésie française et par l'ordonnance n° 2005-10 du 4 janvier 2005 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs.

5 Louis Dutheil de Lamothe, Nicolas Labrune et Marc Firoud, Laurent Domingo, Anne Iljic, Benjamin de Maillard, Manon Perrière (dir), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique-recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, Conseil d'État & DGAFP, 2020.

6 Institués et régis par les dispositions de la loi n° 66-496 du 11 juillet 1966 relative à la création de corps de fonctionnaires de l'État pour l'administration de la Polynésie française.

7 Le statut de fonctionnaire de l'État étant constitutif d'une loi de souveraineté: CE Sect., 14 décembre 1979, *Bilbao*, Rec. Lebon, p. 466; CE Sect., 29 avril 1987, *Douheret*, Rec. Lebon, p. 159; CAA Paris, 21 novembre 1995, n° 94PA00790, Rec. Lebon.

fonction publique territoriale, et n'existe toujours pas de fonction publique hospitalière dans la collectivité territoriale des îles Wallis-et-Futuna. Excepté ces agents publics de l'État régis par le droit commun, les agents des administrations des îles Wallis-et-Futuna, qui représentent 66 % des personnes occupant un emploi dans l'archipel, relevaient d'un droit du travail d'application locale.

1. Des agents publics soumis aux règles du droit du travail

Assurément, la situation de ces agents, au nombre de 338 et dont les rémunérations représentent 40 % du budget de fonctionnement de la collectivité territoriale et 1 300 000 000 francs Pacifique, dérogeait au droit commun, en vertu duquel et par principe, ce sont des fonctionnaires régis par un statut qui assurent, au nom des personnes morales de droit public dont ils relèvent, les missions de service public administratif qui fondent leur raison d'être. Cette situation y dérogeait davantage encore que possible, si l'on a égard au fait que ces agents relevaient du droit privé et non du droit public. Et ce n'est pas le code du travail qui s'appliquait aux relations professionnelles liées avec leur employeur, mais un droit du travail spécial, d'application locale, issu des dispositions de la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant des ministères de la France d'Outre-mer.

Ab initio, cette loi n'était pas uniquement applicable dans les îles Wallis-et-Futuna. Ainsi que son titre le révèle, elle recevait application dans tous les territoires qui formaient alors la France d'Outre-mer. Ces territoires étant devenus pour la plupart indépendants, rapidement la loi du 15 décembre 1952 ne fut plus applicable que dans les anciens territoires d'Outre-mer, prévus par l'article 74 de la Constitution, dans sa rédaction antérieure aux dispositions de l'article 10 de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

Toutefois, au sein même de cette catégorie, les fonctions publiques néo-calédonienne et polynésienne s'émancipèrent⁸ et, suivant le mouvement vers l'autonomie de leurs collectivités territoriales respectives, furent dotées de statuts propres, soumis au droit public. Par conséquent, depuis l'intervention du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022, la loi du 15 décembre 1952 n'est plus applicable qu'aux agents de l'administration exerçant leurs fonctions dans les Terres australes et antarctiques françaises et à certains agents de l'État en exercice à Wallis-et-Futuna qui ne sont pas compris dans le champ d'application de ce décret.

La loi du 15 décembre 1952, constitutive d'un code du travail spécial, s'applique indistinctement à tout « travailleur », selon le terme employé par son article 1^{er}, que son employeur soit une personne physique ou morale, de droit public ou de droit privé. Sur le fondement de la loi du 15 décembre 1952, est intervenu l'arrêté de l'administrateur supérieur n° 76 portant statut permanent des agents du territoire en date du 23 septembre 1976 modifié, qui constitue, toutes choses égales par ailleurs, l'équivalent des conventions collectives prévues par les articles 68 et suivants de la loi du 15 décembre 1952. Il est d'ailleurs à noter que l'article 81 de la loi du 15 décembre 1952 prévoit la conclusion de conventions collectives dans les services, entreprises ou établissements publics, lorsque le personnel n'y est pas soumis à un statut législatif ou réglementaire particulier.

Ainsi, la qualité d'agent d'une administration est-elle confondue avec celle de salarié d'une entreprise et l'on se doit d'avoir présent à l'esprit que l'expression « d'agents publics » pour désigner les agents de l'administration placés sous l'autorité de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna, n'impliquait pas, à l'inverse des solutions du droit commun, qu'il leur fût fait application de règles de droit public. Et il est remarquable de constater que la liberté syndicale

⁸ Cf. *supra* introduction.

trouvait, à l'instar de la liberté d'association professionnelle d'essence coutumière, ainsi que de la liberté d'adhésion à une mutuelle, sa source dans les dispositions de la loi du 15 décembre 1952. De même, l'inspection générale du travail et des lois sociales, corps de contrôle *ad hoc*, est issue de ce texte, comme le sont les instances de représentation du personnel. Enfin, dans ce même ordre d'idées, le législateur avait donné compétence à des tribunaux du travail aux fins de connaître des différends nés de l'application de la loi⁹.

Pourtant, à la lecture du troisième alinéa de son article premier : « Les personnes nommées dans un emploi permanent d'un cadre d'une administration publique ne sont pas soumises aux dispositions de la présente loi », cette disposition aurait pu permettre l'érection, dans les îles Wallis-et-Futuna, d'une fonction publique faisant exception à ce droit du travail spécial applicable localement. Il n'en fut rien, parce que la jurisprudence du Tribunal des conflits et celle des juridictions administratives livrèrent une interprétation stricte de la notion « d'emploi permanent d'un cadre d'une administration publique », laquelle conserva à la loi du 15 décembre 1952 l'amplitude maximale de son champ d'application matériel. En pratique, seuls les agents publics possédant la qualité de fonctionnaire de l'État et soumis aux dispositions des lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, entrent dans le champ de l'exception prévue par l'article 1^{er} de la loi du 15 décembre 1952¹⁰. Les décisions juridictionnelles précitées qualifient des personnes « d'agents publics », tout en estimant que ces personnes ressortissent aux dispositions du droit du travail spécial édicté par la loi du 15 décembre 1952. Le Tribunal des conflits, dans sa décision du 24 avril 2017 précitée, en décida ainsi pour les sapeurs-pompiers du centre de secours et de lutte contre l'incendie de la circonscription territoriale d'Uvea, lors même que ces agents appartiennent à un cadre d'emploi créé par arrêté de l'administrateur supérieur de la collectivité territoriale, qu'ils sont nommés par décision de ce dernier, titularisés dans un grade d'une hiérarchie administrative et régis par les dispositions statutaires qui leur sont applicables. Et la circonstance tenant à ce que ce soit un arrêté de l'administrateur supérieur qui ait créé leur cadre d'emploi, acte administratif de nature réglementaire dont la contestation relève de la compétence des juridictions administratives¹¹, est sans effet sur la soumission au droit du travail spécial prévu par la loi du 15 décembre 1952.

Par surcroît, la cour administrative d'appel de Paris, dans une décision du 17 mars 2016¹², rendue à propos du chef de la délégation des îles Wallis-et-Futuna à Paris, a souligné que la circonstance tenant à ce qu'un agent de la collectivité territoriale soit affecté à Paris, hors de l'un des territoires mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 15 décembre 1952, lequel énonce les territoires d'application de ladite loi, était sans importance sur la soumission au droit privé des relations professionnelles entre cet agent et son employeur et sur la compétence corrélative des juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître des différends qui peuvent en naître. Cette solution a été, au demeurant corroborée par le conseil des prud'hommes de Paris, qui s'est déclaré compétent pour connaître d'un litige survenu entre un agent de la délégation des îles Wallis-et-Futuna à Paris exerçant ses fonctions au lieu parisien de la délégation et son employeur¹³.

Au vu des réflexions menées sur le statut de droit commun des fonctionnaires, l'on pouvait se demander si cet état du droit, issu de dérogations et d'exceptions, véritable succédané du droit de la France d'Outre-mer, avait quelque avenir. En toute hypothèse, il apparaissait nécessaire de le réformer en profondeur.

9 Art. et s. 180 de la loi du 15 décembre 1952, préc.

10 TC 24 avril 2017, n° C4076; CAA Paris, 17 mars 2016, n° 14PA01442; CAA Paris, 7 juillet 2017, n° 17PA00212.

11 CAA Paris, 15 juin 2015, n° 13PA04562.

12 CAA Paris, 17 mars 2016, n° 14PA01442.

13 CPH Paris, Section Encadrement, 1^{re} chambre, 31 janvier 2020, n° RG F 18/08 166.

2. Un droit de la « fonction publique » sans fonctionnaire : un oxymore ?

Il y a lieu de relever, tout d'abord, que, fréquemment, le droit applicable aux outre-mer sert de fer de lance à des extensions au droit commun. Et à propos du domaine qui fait l'objet de cet ouvrage, force est de constater que la situation singulière qui fut celle des agents publics de la collectivité territoriale des îles Wallis-et-Futuna a pu trouver, un temps, quelque écho dans des projets de portée générale qui visaient la fonction publique dans son ensemble.

Nous songeons là au discours prononcé, le 19 septembre 2007, par un ancien président de la République, devant les élèves de l'Institut régional d'administration de Nantes et consacré à l'avenir de la fonction publique. L'orateur, dans ce discours, disait : « Dans le même esprit, je suis convaincu que pour certains emplois de la fonction publique il serait souhaitable qu'on laisse le choix aux nouveaux entrants entre le statut de fonctionnaire ou un contrat de droit privé négocié de gré à gré »¹⁴. Cette orientation, qui eût été radicale si elle avait été suivie, aurait donc ouvert la possibilité de recruter librement en lieu et place de fonctionnaires, des agents de droit privé. Cette voie aurait donc eu comme précédent, en droit français, la situation des agents publics de l'administration des îles Wallis-et-Futuna. En toute hypothèse, en ce qui a trait à la perspective qui y était esquissée, ce discours ne fut pas suivi du moindre début d'exécution.

En outre, il s'en faut de beaucoup pour que la situation des agents publics placés sous l'autorité de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna pût être considérée comme exemplaire. En premier lieu, l'on doit sur ce point évoquer les initiatives relatives à l'institution, dans l'archipel, d'une véritable fonction publique locale, territoriale. Si celles-ci furent lancées, c'est en raison de l'inadaptation des textes en vigueur à la situation de nombre d'agents permanents de la collectivité territoriale. En deuxième lieu et surtout, un texte de valeur législative était intervenu dès 2013 qui modifiait la soumission au droit du travail spécial qu'impliquait la stricte application de la loi du 15 décembre 1952. En troisième et dernier lieu, la fréquence des jugements d'incompétence émanant des juridictions des deux ordres, ainsi que le nombre de saisines du Tribunal des conflits, témoignaient d'un état du droit compliqué et peu intelligible aux justiciables.

Il convient d'examiner plus avant ce texte de rang législatif qui a modifié les règles en vigueur et a, tardivement, reçu une application de par l'intervention du décret en Conseil d'État dont il prévoyait l'existence. Il s'agit de l'ordonnance n° 2013-81 du 25 janvier 2013 relatives aux dispositions applicables à certains agents relevant de l'État ou des circonscriptions territoriales exerçant leurs fonctions sur le territoire des îles Wallis-et-Futuna. Cette ordonnance, prise sur habilitation donnée par le a du 1 du IV de l'article 15 de la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, a fait l'objet d'un commentaire doctrinal¹⁵, auquel nous nous permettons de renvoyer le lecteur. En tout état de cause, l'ordonnance du 25 janvier 2013 a opéré une mutation en transformant les agents permanents non titulaires de l'État et des circonscriptions territoriales des îles Wallis-et-Futuna, lesquelles possèdent la personnalité juridique en application de l'article 18 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 précitée, en agents de droit public. Sans faire de ces agents des fonctionnaires, l'ordonnance précitée procède à un basculement du droit qui leur est applicable en faveur du droit public. Conséquemment, dans la collectivité territoriale des îles Wallis-et-Futuna, il est mis fin à une spécificité singulière du droit de la fonction publique.

14 Déclaration de Nicolas Sarkozy, Président de la République, sur son projet de modernisation de la fonction publique, à Nantes le 19 septembre 2007, <https://www.vie-publique.fr/discours/167760-declaration-de-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique-sur-son-p>

15 Edwin Matutano, « Une nouvelle catégorie d'agents publics non titulaires discrètement instituée : les agents permanents nommés par l'État dans les îles Wallis et Futuna », *RJPENC*, n° 30, 2017-2, p. 70-73.

Toutefois, pendant plus de neuf ans, cette ordonnance ne fut pas applicable. L'ordonnance avait prévu, en ses articles 2 et 3, l'intervention de deux décrets en Conseil d'État. Or, si le décret n° 2014-520 du 21 mai 2014 fut pris pour l'application de l'article 2 de l'ordonnance du 25 janvier 2013 dans un délai raisonnable, jusqu'à l'intervention du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022 portant dispositions spécifiques applicables aux agents des circonscriptions territoriales de Wallis-et-Futuna, aucun texte ne vint fixer les règles d'application de son article 3. L'absence de volonté apparente, durant cette période de neuf ans, de rendre applicable l'ordonnance du 25 janvier 2013 a privé cette dernière de tout effet juridique, même si elle était en vigueur et si elle avait été ratifiée par le 5° du II de l'article premier de la loi n° 2013-1029 du 15 novembre 2013 portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

La situation qui en résulta était quelque peu confuse et rendait l'état du droit peu intelligible. D'une part, la loi du 15 décembre 1952 n'avait pas été expressément abrogée en ce qu'elle était applicable aux agents permanents nommés par l'État et relevant, soit de ce dernier, soit des circonscriptions territoriales de l'archipel et, d'autre part, l'ordonnance du 25 janvier 2013 ne recevait pas application, exceptée l'intervention du décret du 21 mai 2014 précité. Deux textes de valeur égale portant sur un même point de droit se superposaient. L'ordonnance n'était pas opposable et, à défaut d'abrogation explicite, la loi du 15 décembre 1952 continuait à s'appliquer.

Sur le fond, l'ordonnance du 25 janvier 2013, en son article 2, avait soumis les agents permanents de l'administration de l'État et des circonscriptions territoriales aux dispositions des chapitres II et IV de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires¹⁶, sous réserve des adaptations, que devait définir un décret en Conseil d'État, nécessaires à leur application pour tenir compte des spécificités du territoire. Ce faisant, les agents en question étaient assez étroitement soumis à un régime de droit public, puisque les chapitres II et IV de la loi du 13 juillet 1983 se rapportent, respectivement, aux garanties et aux obligations et à la déontologie des fonctionnaires. L'ordonnance du 25 janvier 2013 a procédé ainsi à un alignement partiel des règles de droit commun applicables aux fonctionnaires – à tous les fonctionnaires, la loi du 13 juillet 1983 constituant, jusqu'à la codification intervenue en 2021, le titre I^{er} de la fonction publique, commun aux fonctions publiques de l'État, territoriale et hospitalière – et non pas aux agents publics non titulaires.

Il convient d'observer que le tribunal administratif de Wallis-et-Futuna avait jugé que si l'absence de décrets d'application de l'ordonnance du 25 janvier 2013 rendait cette dernière inapplicable, cette circonstance était sans incidence sur la compétence de la juridiction administrative pour se prononcer sur un litige né de la question de l'éligibilité d'un sapeur-pompier de Wallis-et-Futuna au dispositif de résorption de l'emploi précaire prévu par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, dite « loi Sauvadet »¹⁷. Et c'était après avoir rappelé que : « les différends individuels pouvant s'élever entre les travailleurs et leurs employeurs ressortissent ainsi à la compétence des tribunaux du travail institués par ces dispositions », que le tribunal administratif avait considéré que « toutefois, le présent litige ne porte pas sur un différend individuel entre l'intéressé et son employeur relatif à l'application de son contrat de travail mais sur le caractère éligible ou non de l'intéressé au dispositif de résorption de l'emploi précaire institué par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 ».

Il en avait déduit que la source du contentieux résidant dans l'interprétation de la loi du 12 mars 2012, la compétence des juridictions de l'ordre administratif en découlait, tenant en échec la compétence judiciaire prévue par la loi du 15 décembre 1952. Ce jugement était intéressant à un

16 Aujourd'hui abrogée et codifiée dans le code général de la fonction publique (Partie législative) de par l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique.

17 TA Wallis-et-Futuna, 27 septembre 2019, n° 1900122.

double titre : d'une part, il prenait acte de l'inapplicabilité de l'ordonnance du 25 janvier 2013 et, d'autre part, il affirmait la compétence du juge administratif pour statuer sur l'éligibilité d'un agent public de la collectivité territoriale relevant des dispositions de la loi du 15 décembre 1952 au dispositif mis en œuvre par la loi dite « Sauvadet ».

L'intervention du décret précité n° 2022-684 du 26 avril 2022 a constitué une issue à cette situation caractérisée par l'inachèvement de la réforme entreprise en 2013 et l'insécurité juridique tenant aux incertitudes relatives au droit applicable.

En premier lieu, selon l'article 1^{er} du décret, seuls les agents non titulaires des circonscriptions territoriales de Wallis-et-Futuna sont régis par ses dispositions, alors que l'ordonnance du 25 janvier 2013 entendait régir également les agents non titulaires de l'État (cf. les dispositions de son article 1^{er}). Il s'agit donc d'une application partielle. Et il convient de souligner que l'article 1^{er} alinéa premier du décret limite son champ d'application aux agents permanents exerçant leurs fonctions sur le territoire des îles Wallis-et-Futuna.

Or, des agents permanents placés sous l'autorité de l'administrateur supérieur de l'archipel, exercent leurs fonctions dans les délégations de la collectivité territoriale de Wallis-et-Futuna, à Paris, à Nouméa et à Papeete. Ces agents sont expressément exclus du champ du quasi-statut édicté par voie réglementaire.

En deuxième lieu, si le quasi-statut ainsi édicté est, avant tout, caractérisé par un mimétisme certain avec les règles statutaires applicables aux fonctionnaires¹⁸, il convient d'observer que, conséquemment, les agents intéressés ayant la qualité de non-titulaires, le décret n° 2022-684 du 26 avril 2022 contient des dispositions adaptant le droit de la fonction publique à cette qualité.

Ainsi, l'article 2 de ce décret prévoit-il une grille de lecture indiquant que les références issues du statut des fonctionnaires aux corps, cadres d'emploi et emplois sont remplacées par la référence aux structures d'emplois et que les références à la carrière sont remplacées par celle à l'évolution professionnelle. Conséquemment, la procédure de détachement n'existe pas.

Néanmoins et en troisième lieu, le décret du 26 avril 2022 transpose des règles applicables aux fonctionnaires titulaires en vertu du droit commun.

Les agents non titulaires des circonscriptions territoriales de Wallis-et-Futuna sont recrutés par concours (cf. articles 7 à 10 du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022), ils sont soumis à un stage d'une durée d'une année (cf. article 11 dudit décret) et, en vue de leur promotion interne, des examens professionnels et l'établissement d'une liste d'aptitude sont prévus (cf. son article 12). Au surplus, selon les dispositions du II de l'article 23 de ce décret, c'est par concours interne qu'ils peuvent avoir accès aux corps et cadres d'emplois des fonctions publiques de l'État¹⁹, territoriale, hospitalière, ainsi qu'à la fonction publique des communes de la Polynésie française, dispositions qui soulignent la mitigation de leur situation juridique.

Et l'on relèvera que l'article 1^{er} alinéa 2 du même décret du 26 avril 2022 précise que le décret en question ne s'applique pas aux agents recrutés pour répondre à des besoins temporaires ou sur des emplois temporaires, disposition qui s'aligne sur les dispositions statutaires applicables, en droit commun de la fonction publique, aux agents titulaires et non pas à des non titulaires.

Dans ce même ordre d'idées, si l'appartenance à un « corps » ou à un « cadre d'emplois » a été écartée, les structures d'emplois, expression retenue par le pouvoir réglementaire, y ressemblent de près. Elles sont classées en trois catégories, selon un ordre hiérarchique décroissant, du

18 Et l'article L.8 du code général de la fonction publique a inséré les agents contractuels de l'État et des circonscriptions territoriales nommés par un État dans un emploi permanent exerçant leurs fonctions sur le territoire des îles Wallis-et-Futuna dans le champ d'application de ce code.

19 Ce que prévoit également la disposition du d) du 4° de l'article L. 325-3 du code général de la fonction publique.

numéro 1 au numéro 3 (cf. article 14 du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022) et elles se divisent en grades (cf. articles 14 et 15 de ce même décret), le grade étant, aux termes de l'article 15, « distinct de l'emploi ». Et les articles 18 à 20 prévoient les conditions d'avancement de grade de manière analogue à celles applicables aux fonctionnaires, les articles 18 et 19 envisageant, de surcroît, des avancements d'échelon, sans que l'existence de cette subdivision du grade soit par ailleurs expressément prévue; cependant, par l'existence même de cette procédure d'avancement, la division de chaque grade en échelons paraît certaine.

Toujours à l'appui de cette même analyse, les articles 24 à 26 du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022 prévoient le placement de ces agents non titulaires dans des « situations administratives », décalquées des « positions » du droit applicable aux fonctionnaires et notamment, leurs dispositions relatives à la situation administrative « d'activité » ne paraissent guère différer de la position homonyme du droit commun de la fonction publique.

Enfin, l'article 37 du décret du 26 avril 2022, dont il s'agit, crée une commission supérieure de la situation administrative des agents des circonscriptions territoriales des îles Wallis-et-Futuna, organe qui constitue l'équivalent des instances consultatives supérieures prévues par le titre IV de l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique précitée, tout comme les instances paritaires instituées en vertu des articles 38 et 39 du décret sont directement inspirées de leurs semblables en droit commun de la fonction publique.

L'application de l'ordonnance du 25 janvier 2013 ne s'est pas traduite par l'avènement d'une nouvelle fonction publique territoriale, puisque les agents intéressés ont la qualité d'agent contractuel de droit public.

Cependant, l'orientation suivie conduit vers l'application du droit administratif. En toute hypothèse, l'arrêt de l'administrateur supérieur n° 76 portant statut permanent des agents du territoire en date du 23 septembre 1976 est « implicitement mais nécessairement abrogé » par le décret n° 2022-684 du 26 avril 2022, ainsi que l'a jugé le tribunal administratif de Wallis-et-Futuna ²⁰.

II. L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

Ainsi qu'il l'a été rappelé en introduction, l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna, représentant de l'État dans la collectivité territoriale, possède simultanément la qualité de chef des services de l'État, en vertu du sixième alinéa de l'article 8 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 et de chef du territoire, conformément aux dispositions de son article 9. En particulier, les deuxième et troisième alinéas de l'article 9 lui attribuent le pouvoir de prendre des mesures réglementaires, ainsi que des décisions individuelles dans l'exercice de ses fonctions de chef du territoire. De la sorte, l'administrateur supérieur se trouve à la tête de deux administrations. D'une part, il dirige les services de l'État dans la collectivité territoriale, à l'instar d'un préfet dans un département ou dans une région, ou du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française et, d'autre part, il dirige les services de la collectivité territoriale elle-même. Cette situation duale trouve son origine dans la conjonction de deux phénomènes.

Le premier tient à l'absence de décentralisation dans la collectivité territoriale des îles Wallis-et-Futuna. À l'inverse du droit des collectivités territoriales en métropole et dans les collectivités ultramarines ayant été affectées par les lois de décentralisation (Guadeloupe, Guyane, La

²⁰ TA Wallis-et-Futuna, ord., 1^{er} juin 2022, Mme. S., n° 2100042, *AJDA*, 2022, p. 2331, note Charles Froger.

Réunion, Martinique, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon), les règles statutaires de la collectivité territoriale des îles Wallis-et-Futuna ont maintenu la double qualité de représentant de l'État et de chef des services territoriaux à l'administrateur supérieur.

Le second résulte de l'absence d'autonomie consentie à la collectivité territoriale de Wallis-et-Futuna par son statut. Alors que la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, collectivités territoriales ultramarines restées également en dehors du champ d'application des lois de décentralisation du droit commun, ont vu leur statut propre évoluer vers une autonomie croissante, Wallis-et-Futuna n'a pas connu semblable évolution statutaire. Si comparaison devait être menée, c'est avec le statut de Mayotte consécutif à l'indépendance des Comores, et antérieur à la départementalisation, qu'elle pourrait être opérante.

Pourtant, la question tenant à la création d'une fonction publique locale y est déjà ancienne. Sa création future paraît dépendre d'une meilleure distinction entre les attributions de l'État et celles de la collectivité territoriale et c'est ce à quoi les services administratifs de la collectivité territoriale se sont employés afin de promouvoir et de proposer l'adoption, attendue, d'un statut de la fonction publique territoriale.

1. La création d'une fonction publique territoriale : un projet depuis longtemps à l'ordre du jour

Le paradoxe est bien réel : si les agents permanents des administrations placées sous l'autorité de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna furent longtemps soumis à un code du travail spécial, également applicable aux salariés et aux employeurs du secteur privé de l'archipel, il n'en demeurerait pas moins que ces agents, leurs représentants du personnel, les élus (parlementaires et membres de l'assemblée territoriale) et les autorités coutumières appréhendaient leur situation en la comparant à celle des fonctionnaires.

L'étalon de la comparaison était celui du droit commun de la fonction publique. Et la lecture de l'arrêté précité n° 76 pris par l'administrateur supérieur et portant statut permanent des agents du territoire du 23 septembre 1976²¹, qui a fixé le statut de ces agents publics placés dans une si singulière situation juridique, en application de la loi du 15 décembre 1952, est à cet égard, éloquente. Son article 6 *bis* prévoit des positions, semblables à celles des statuts des fonctionnaires (activité, détachement, hors cadre, disponibilité, accomplissement du service national); le terme de « traitement », propre à la terminologie de la fonction publique *stricto sensu*, y est également employé. L'article 7 édicte une règle de non-cumul d'activités, empruntée au droit de la fonction publique. L'article 8 traite de l'évaluation et de la notation et l'article 9 est relatif à l'avancement d'échelon des agents. L'article 20, pour sa part, définit le régime des congés annuels, lequel est imité du statut des fonctionnaires. De surcroît, l'article 27 instaure des sanctions disciplinaires, à l'image de celles en vigueur dans les fonctions publiques.

Cette imprégnation est néanmoins accompagnée de dispositions qui assurent à ce statut son appartenance au droit privé : régime de la rémunération, des primes, de l'exécution des missions, du licenciement des agents (articles 11, 15 à 18, 25, 27 *bis* à 33) et l'on peut souligner que le terme de « salaire » est également employé, côtoyant ainsi celui de « traitement ». Il est en outre édifiant de constater qu'un arrêté n° 96 de l'administrateur supérieur en date du 5 septembre 1978 a institué une catégorie supérieure d'agents de l'administration, divisée en quatre groupes, comportant chacun six échelons. À s'y méprendre, cet arrêté, qui se veut pris pour l'application de l'arrêté n° 76 du 23 septembre 1976, crée de quasi-corps dont les intitulés sont inspirés du droit de la fonction publique (secrétaires d'administration, chefs secrétaires, rédacteurs, chefs d'administration) et dont les membres sont recrutés par concours, organisés par les soins de

²¹ Ce texte abroge en son article 39 un arrêté précédent n° 64 du 17 décembre 1963 ayant eu le même objet.

l'administrateur supérieur. Dans le même ordre d'idées, un arrêté n° 2000-095 du 21 février 2000 de la même autorité a créé un collège des chefs de bureau et de services territoriaux. Et par un arrêté n° 29 du 19 février 2008, c'est un comité technique paritaire qui a été institué dans les services administratifs territoriaux.

Ainsi le statut des agents permanents de l'archipel tutoie le statut de fonctionnaire, sans le rejoindre et l'adopter. Dès avant l'intervention de l'ordonnance n° 2013-81 du 25 janvier 2013 et du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022 précité, les dispositions qui régissaient ces agents étaient, matériellement, hybrides. Si la forme relevait du droit du travail, leur contenu était mixte et le mode d'élaboration de ces dispositions était purement administratif, puisqu'il procédait de l'intervention d'arrêtés de l'administrateur supérieur, actes administratifs unilatéraux.

Ces précisions apportées, il convient d'observer que, dès 1999, l'assemblée territoriale de l'archipel, organisée par les articles 11 à 16 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, s'est préoccupée de doter la collectivité territoriale d'une fonction publique propre. Tel fut l'objet de sa délibération n° 56 AT 99 du 30 novembre 1999, qui prévoyait même les deux premiers titres du statut de la future fonction publique. Toutefois, cette délibération, fondamentale en la matière n'a jamais été rendue exécutoire, l'article 16 précité de la loi du 29 juillet 1961 prévoyant que les délibérations de l'assemblée territoriale ne présentent un caractère définitif qu'après avoir été approuvées par l'administrateur supérieur. Et il est à observer que l'article 14-1 de ladite loi confère à l'assemblée territoriale la faculté de créer des établissements publics territoriaux, sous réserve d'une approbation de l'administrateur supérieur.

Il existait donc une volonté des intéressés, relayée par les autorités locales, de mettre en place une fonction publique véritable, mais l'État n'accompagnait pas pleinement cette démarche.

Plus récemment, dans un contexte de revendications syndicales et après des actions collectives d'interruption concertée du travail, l'assemblée territoriale de la collectivité territoriale avait émis, le 3 décembre 2020, un vœu tendant à rendre effectif le projet de constitution d'une fonction publique territoriale et une étude de faisabilité fut demandée à l'Agence française de développement d'ici le mois de juin 2021, notamment au regard du financement de la mesure. Au mois de novembre 2021, une action intersyndicale avait relancé le sujet dont la réalisation n'avait pas avancé comme prévu. Un protocole entre cette intersyndicale, l'administration supérieure et l'assemblée territoriale avait été conclu à la fin du mois de décembre 2021 aux fins de la mise en place, en juillet 2022, d'une fonction publique territoriale. A donc été adopté le statut de la fonction publique territoriale de Wallis-et-Futuna par la délibération 21/AT/2022, ayant fait l'objet d'une publication au Journal officiel de Wallis-et-Futuna du 13 janvier 2022 et d'un arrêté d'approbation par l'administrateur supérieur le 2 février 2022²². Cependant, à la fin du mois de juillet 2022, sa mise en place, qui intéresserait 350 agents, n'avait pas eu lieu, le service des ressources humaines de l'administration supérieure de la collectivité territoriale invoquant le coût d'une telle mesure et la reportant à septembre ou octobre 2022 avec un effet rétroactif au 1^{er} janvier 2022.

2. La fonction publique territoriale *ad hoc* : la dissociation des missions de l'État et du territoire

Si la création d'une fonction publique territoriale dans les îles Wallis-et-Futuna n'avait pas abouti jusqu'à présent, c'est avant tout en raison de considérations financières. Se juxtapose à cet aspect financier la question de la scission, inéluctable, des missions et services assurés respectivement par l'État et par la collectivité territoriale qui accompagnerait cette création.

²² Arrêté n° 2022-61, 2 février 2022 approuvant et rendant exécutoire la délibération n° 21/AT/2022 du 13 janvier 2022 relative à la mise en place de la fonction publique territoriale de Wallis-et-Futuna, *JOWF*, p. 22618.

Car les services de l'État et territoriaux ne se distinguent guère à l'heure actuelle. Les uns et les autres sont regroupés et les compétences étatiques et territoriales sont exercées par ces services placés sous l'autorité unique de l'administrateur supérieur.

L'assemblée territoriale ne détient que des compétences réduites. Ses délibérations ne sont ainsi exécutoires qu'après avoir été approuvées par arrêté de l'administrateur supérieur. Les autorités locales sont seulement associées à l'administration de l'archipel.

Il existe plusieurs services « territoriaux » dans leur dénomination : le service territorial des affaires rurales et de la pêche, le service territorial de l'environnement, le service territorial de la statistique et des études économiques, auxquels l'on pourrait ajouter le service des postes et télécommunications, la chambre de commerce, de l'industrie, des métiers et de l'agriculture, l'Électricité et eau de Wallis, la caisse des prestations sociales de Wallis-et-Futuna ou bien les trois délégations, sises respectivement à Paris, à Papeete et à Nouméa. Toutefois, cet aperçu est encore compliqué par la prise en considération des services assurés par les circonscriptions territoriales, dont certains relèvent des attributions traditionnellement dévolues à l'État (état civil et titres d'identité, tenue des listes électorales et organisation des scrutins).

Il va de soi qu'une dissociation des compétences, appelée « décroisement » à Wallis-et-Futuna, emporterait pour conséquence une modification statutaire d'importance de la collectivité territoriale. Il paraîtrait alors difficile de maintenir la dualité fonctionnelle assurée par l'administrateur supérieur.

Une définition des services qui relèveraient proprement de la collectivité territoriale, sans l'intervention *a priori* d'une autorité de l'État supposerait une rédaction du statut de l'archipel qui pourrait s'inspirer des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives aux compétences des communes, des départements (articles L. 2211-1 à L. 2255-1 s'agissant des premières; L. 3211-1 à L. 3215-2 pour les seconds), les compétences des régions étant moins aisément transposables à la collectivité territoriale de Wallis-et-Futuna. Dans un schéma de ce genre, une autorité strictement locale pourrait gérer la fonction publique territoriale, cependant que l'administrateur supérieur, à l'image du préfet de département, serait placé à la tête des services déconcentrés de l'État.

Il convient de rappeler que l'orientation suivie par l'ordonnance du 25 novembre 2013 était, à l'attention des agents situés dans son champ d'application, de leur assurer la qualité d'agent public et non de fonctionnaire. Le rapport au Président de la République qui accompagnait l'ordonnance²³ se contentait de souligner le « retard » des dispositions de l'arrêté n° 76 du 23 septembre 1976. Ce faisant, il indiquait qu'il s'agissait de moderniser les règles en vigueur aux fins de l'amélioration des conditions de recrutement et de déroulement de carrière des agents.

Ni dans son contenu, ni parmi les dispositions de l'ordonnance, l'on ne trouvait d'indice d'une volonté de mieux isoler les services territoriaux de ceux de l'État. En l'état actuel de la rédaction du texte, la qualité d'agent contractuel de droit public reconnue aux agents permanents, serait conjointe au maintien du pouvoir hiérarchique de l'administrateur supérieur.

De toute évidence et sans que cela fût expressément énoncé, demeurerait une dichotomie entre des fonctionnaires de l'État venus de la métropole et séjournant pour une durée déterminée dans l'archipel, et des agents non titulaires d'origine wallisienne et futunienne et possédant tous implicitement le centre de leurs intérêts moraux et matériels dans la collectivité territoriale. Cette dichotomie, héritée de la France d'Outre-mer, voire de l'ère coloniale, fondait, par-delà la réforme intervenue en 2013, une dualité statutaire.

²³ JORF n° 0022 du 26 janvier 2013, texte n° 31.

C'est la raison pour laquelle la délibération du 13 janvier 2022, créant le statut de la fonction publique territoriale, constitue un événement et paraît être le dernier acte d'une évolution souhaitée et longtemps différée pour des motifs d'ordre pécuniaire. Assurément, la collectivité territoriale rencontrera des difficultés pour assurer la charge de cette fonction publique et les concours financiers de l'État lui seront nécessaires.

En toute hypothèse, à la lecture de ce texte, une véritable fonction publique territoriale spéciale émerge. Elle vise à régir les agents du « territoire », selon le terme consacré dans ses lignes et ceux de ses établissements publics administratifs (cf. son article 3), même si cette qualité ne paraît pas exclue, s'agissant des agents des services et établissements publics industriels et commerciaux, selon son article 1^{er}.

Ce statut structure la fonction publique en cadres d'emplois, à l'instar de la fonction publique territoriale de droit commun; il dégage trois catégories, A, B et C regroupant lesdits cadres d'emplois, les fonctionnaires y sont recrutés par concours et les procédures et institutions régissant la carrière des fonctionnaires territoriaux de droit commun y figurent. Ainsi, du détachement, de la disponibilité ou de l'intégration directe dans un autre cadre d'emplois, de l'évaluation, du reclassement, de la discipline.

Il est intéressant de relever que le détachement est prévu vers les administrations de l'État et vers la fonction publique territoriale de la Nouvelle-Calédonie. Par « administrations de l'État », il semble qu'il faille entendre les trois fonctions publiques instituées par des textes étatiques (fonction publique de l'État, fonction publique territoriale et fonction publique hospitalière), aujourd'hui ordonnés dans le code général de la fonction publique eu égard à la rédaction des articles relatifs au détachement qui évoquent la possibilité de détachement vers les trois fonctions publiques de droit commun.

Un conseil supérieur de la fonction publique territoriale de Wallis-et-Futuna sera créé, ainsi que des commissions administratives paritaires et un comité social territorial. La liberté syndicale, le droit à la formation professionnelle et l'organisation de la médecine du travail et de prévention seront transposés du droit commun applicable aux fonctionnaires et ces mutations sont à signaler.

La dissociation fonctionnelle – le « décroisement » précité –, à laquelle a obligé la création d'une fonction publique territoriale dans la collectivité territoriale de Wallis-et-Futuna, ne s'est cependant pas accompagnée d'une disjonction des services proprement territoriaux de l'autorité hiérarchique du chef du territoire, c'est-à-dire, de l'administrateur supérieur. En vertu du droit commun, les fonctionnaires territoriaux sont placés sous l'autorité d'élus locaux, ce qui ne sera pas le cas à Wallis-et-Futuna. Le représentant de l'État demeure à la tête de deux types de services et il aura la qualité de chef de service d'une fonction publique territoriale, ce qui en France, au XXI^e siècle, est singulier. Il est vrai qu'une modification de son rôle emporterait la nécessité de changer les dispositions de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961.

Au regard, d'une part, de l'intervention du décret n° 2022-684 du 26 avril 2022 précité et, d'autre part, de l'entrée en vigueur de la délibération de l'assemblée territoriale du 13 janvier 2022, il apparaît, ainsi, que l'une des rares exceptions prévues par la loi à l'application de règles de droit administratif à des agents publics est vouée à s'éteindre.

Dans cette perspective, la loi du 12 décembre 1952 ne s'appliquerait plus qu'aux agents temporaires des Terres australes et antarctiques françaises.

En conclusion, les agents publics de l'archipel se trouvent assurément dans un virage déterminant pour leur avenir. La métamorphose accomplie, résultant du quasi-statut régissant certains d'eux et les futurs ressortissants du statut de la fonction publique territoriale, alignera, au terme d'un long processus, le régime juridique dont ils sont attributaires sur le droit commun.

L'avènement de cette fonction publique propre à la collectivité territoriale de Wallis-et-Futuna coïncidera avec le terme d'une profonde singularité juridique, qui avait permis la soumission d'agents publics exerçant des fonctions administratives, voire « régaliennes », aux règles d'un droit du travail d'application locale.

Vers une para-fonction publique contractuelle de la Nouvelle-Calédonie

Charles Froger

Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje

Colonisation oblige, l'administration de la Nouvelle-Calédonie s'est structurée sur un modèle de fonction publique fermée ou système de carrière, résultant de l'expérience française. Cette fonction publique locale est principalement composée de fonctionnaires, régis par un statut légal et réglementaire apparu en 1953¹, protégeant leur indépendance face aux gouvernants. Comme en métropole, le statut n'a cependant jamais exclu le contrat. La fonction publique calédonienne a toujours été constituée de nombreux contractuels. Le territoire présentait cependant une importante particularité juridique. Les agents contractuels étaient régis par le droit privé, c'est-à-dire soumis aux mêmes règles de droit du travail que celles applicables aux salariés du secteur privé. Ce faisant, la Nouvelle-Calédonie empruntait l'un des traits forts du modèle de fonction publique ouverte ou système l'emploi. Cette situation vient d'être remise en cause par l'une des dernières réformes importantes issue de la loi du pays du 12 mai 2021². Celle-ci réalise une transformation historique en faisant basculer les agents contractuels dans le champ d'un nouveau droit public, élaboré à cette occasion.

Pour comprendre l'ampleur du changement, il faut opérer une plongée historique dans l'écheveau statutaire du territoire. Partagée un temps par d'autres outre-mer³, l'application du droit du travail aux employés contractuels des personnes publiques remontait à l'adoption en 1952 du code du travail dans les territoires et les territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer⁴. Après le regroupement des anciennes colonies dans l'Union française en 1946, le Parlement français les dota d'une réglementation spécifique en matière de droit du travail, reprenant notamment les avancées, de 1936, du Front populaire. Le champ d'application de ce code englobait non seulement les travailleurs employés par des personnes privées, mais également les personnels des personnes publiques⁵. Seuls étaient exceptés de ce champ d'application « les personnes nommées dans un emploi permanent d'un cadre d'une administration publique »⁶. Étaient donc concernés les fonctionnaires soumis au statut territorial calédonien de l'arrêté de 1953⁷. Ainsi, tous les agents contractuels travaillant pour des personnes publiques en Nouvelle-Calédonie étaient régis par le droit du travail, peu importe que leur mission relève d'un Service Public Industriel et Commercial (SPIC) ou d'un Service

1 Arrêté n° 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux.

2 Loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie.

3 Voir les contributions de Grégoire Calley et Edwin Matutano dans cet ouvrage.

4 Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant des ministères de la France d'Outre-mer.

5 Art. 1, Code du travail des outre-mer : « Est considérée comme travailleur au sens de la présente loi, quels que soient son sexe et sa nationalité, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée ».

6 *Ibidem*.

7 Ils étaient définis comme les « personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres (supérieurs ou locaux) relevant de l'autorité du chef du territoire » (Art. 1, arrêté 22 août 1953, préc.).

Public Administratif (SPA)⁸. La situation était donc inverse à celle de la métropole, où prévalait à cette époque la jurisprudence *Vingtain et Affortit* qui soumettait au droit public les personnels des personnes publiques travaillant directement pour un SPA⁹.

Malgré les nombreux changements institutionnels, notamment durant la période des Évènements, cette règle a toujours perduré. Par une ordonnance de 1982¹⁰, témoignant d'une volonté d'assimilation du territoire calédonien à la métropole, l'État – alors seul compétent en matière de droit du travail – a supprimé l'application du code du travail de l'outre-mer de 1952 et étendu la quasi-totalité des dispositions législatives du code du travail métropolitain¹¹. À cette occasion, non sans ambiguïtés rédactionnelles, les employés contractuels des personnes publiques sont restés soumis, sous réserve d'exception, au code du travail métropolitain nouvellement applicable¹². Cet état du droit n'a été que de courte durée, en raison de l'adoption du nouveau statut territorial « Lemoine » de 1984¹³ qui a redistribué les compétences entre l'État et le territoire de la Nouvelle-Calédonie en matière de droit du travail¹⁴. Si le premier était compétent pour fixer les principes directeurs du droit du travail, le second adoptait les dispositions réglementaires les mettant en œuvre. Sur ce fondement, l'État a pris une nouvelle ordonnance le 13 novembre 1985¹⁵, marquant le retour à l'autonomie territoriale¹⁶. Cette répartition des compétences perdura sous l'empire du statut de la Nouvelle-Calédonie du 9 novembre 1988, adopté après les accords de Matignon-Oudinot¹⁷. De nouveau, la nature de droit privé des contrats de recrutement des personnels des administrations publiques est conservée. L'article 1^{er} de l'ordonnance dispose qu'elle « s'applique à tous les salariés du territoire. Elle s'applique à toute personne physique ou morale qui emploie lesdits salariés. Sauf dispositions contraires de la présente ordonnance, elle n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public ». Interprétant cette exception, le

8 TC, 25 mars 1957, *Cagliardi et autres*, n° 1614; TC, 27 juin 1966, *Compagnie électrique de Djibouti c/ Seignabou*, n° 1884.

9 CE, Sect. 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*, Rec. p. 342, concl. Chardeau; *AJDA* 1954, II, p. 6, chron. François Gazier et Marceau Long.

10 Ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982, relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

11 Cette application du droit métropolitain n'était initialement pas prévue. Au contraire, sous l'impulsion d'un magistrat à la Cour de cassation, Martin Kirsh, l'État et les partenaires sociaux calédoniens avaient travaillé de concert pour moderniser les dispositions du code du travail des outre-mer devant s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie. Cette réforme a cependant été avortée après qu'un directeur du travail, M. Lascombes, a décidé de l'abandonner. Cette extension-adaptation du droit du travail métropolitain, trop complexe dans sa mise en œuvre, avait finalement été contournée par la partenaires sociaux lui ayant préféré l'élaboration d'accords interprofessionnels et professionnels (voir, Anamalia Logologfolau, Rapport n° 64 du 30 octobre 2007, Projet de loi du pays relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 31 août 2010, p. 98).

12 L'article 4 de l'ordonnance de 1982 disposait en effet que « les dispositions de l'article 2 ci-dessus [appliquant le code du travail métropolitain au territoire] ne sont pas applicables aux personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations dépendant soit du territoire, soit des autres collectivités publiques existant sur le territoire, soit de leurs établissements publics à caractère administratif ». En revanche, l'article 4 de celle-ci poursuivait en disposant que « les autres agents des administrations publiques définies à l'article précédent sont, à titre transitoire, soumis aux dispositions auxquelles renvoie l'article 4 ci-dessus », avant de préciser que ne leur sont pas applicables plusieurs dispositions dudit code nouvellement étendu à la Nouvelle-Calédonie. Bien que la rédaction du texte fut maladroite, il faut en conclure que « les dispositions auxquelles renvoie l'article 4 ci-dessus » sont celles de l'article 2 de l'ordonnance de 1982, lequel applique le droit du travail métropolitain au territoire calédonien.

13 Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

14 Art. 5, loi n° 84-821 du 6 septembre 1984, préc.

15 Ordonnance 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 et du Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie.

16 Délibération du Congrès du territoire n° 281 du 24 février 1988 relative au contrat de travail.

17 Art. 8, 13°, loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998.

Tribunal des conflits donne une lecture stricte, assimilant « le statut de droit public » au « statut de fonction publique »¹⁸. Dans une décision de principe Mir de 1990, un directeur général d'un Établissement Public à caractère Industriel et Commercial (EPIC) de la Nouvelle-Calédonie est soumis au droit du travail. Sur ce dernier fondement, demeurent soumis au droit du travail de nombreux contractuels employés par des personnes publiques¹⁹. Par suite, quelques décisions illustreront le contenu de cette exception²⁰, sans que ne soit jamais inclus les contractuels des personnes publiques.

L'accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999 (LONC)²¹ conduiront à une nouvelle modification formelle. Utilisant sa compétence désormais exclusive en matière de droit du travail, le pays a fini par réaliser « une codification lente et laborieuse »²² de cette branche. Ce code du travail de la Nouvelle-Calédonie résulte d'une loi du pays du 13 février 2008²³. Sur le fond, cette codification a abouti « à un résultat plutôt satisfaisant dans la mesure où le seul recensement des textes applicables en Nouvelle-Calédonie et leur consolidation constituaient déjà une avancée considérable »²⁴. Concernant les contractuels, l'état du droit y demeurerait inchangé par rapport à l'ordonnance de 1985. L'article Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie réaffirme que « sauf dispositions contraires du présent livre, celui-ci n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public ». Constante, la jurisprudence refusa toujours d'intégrer les contractuels dans le champ de ces exceptions. Autrement dit, est écartée la jurisprudence *Berkani* de 1996, selon laquelle « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »²⁵. Ainsi que l'a résumé un commissaire du gouvernement près le Tribunal des conflits,

Il se déduit que seuls les fonctionnaires à statut, appartenant à un corps de la fonction publique de l'État ou des collectivités territoriales, relèvent d'un statut de fonction publique. De même, seuls les fonctionnaires ayant un statut analogue, comme les militaires, les magistrats ou les agents

18 Pour une critique voir Guy Agniel, « Les apports jurisprudentiels aux dispositions de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relatives aux notions d'agent public contractuel et de principes directeurs du droit du travail », LPA 29 août 1994, n° 103.

19 TC, 19 février 1996, *Délégué du Gouvernement pour la Nouvelle-Calédonie c/ Paturel*, n° 2998, Rec. p. 534; pour un maître-auxiliaire délégué : TC, 14 mai 2018, *W. c/ Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, n° 4121, inédit; pour un maître auxiliaire bénéficiant d'un contrat définitif : CE, 30 novembre 2018, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. A.*, n° 412317, inédit; pour un agent de l'Institut de recherche et de développement : CE 23 novembre 2005, *Boisset*, n° 280208, 280325.

20 TC, 1^{er} juillet 2002, *Teamo*, n° 3298, Rec. tables, p. 654 CAA Paris, 2^e chambre, 7 oct. 2020, 19PA01004, inédit. Pour un emploi de praticien chef de service du centre hospitalier spécialisé : TC, 28 avril 2003, *Perouse de Montclos*, n° 3350, Rec. p. 709; pour un praticien hospitalier exerçant au centre hospitalier territorial, recruté par arrêté du président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie en application d'une délibération lui conférant un statut de fonction publique : TC, 15 novembre 2004, *Marchand*, n° 3407; pour un praticien hospitalier intégré dans le corps des praticiens hospitaliers territoriaux et nommé dans un service hospitalier par arrêté du président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie en application d'une délibération lui conférant un statut de fonction publique : TC, 18 octobre 2010, *Leclerc-Freund c/ Centre hospitalier spécialisé Albert Bousquet*, n° 3724.

21 Loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

22 Nadège Meyer, « Un nouveau Code du travail peut en cacher un autre : le Code du travail de Nouvelle-Calédonie », *Semaine sociale Lamy*, suppl. n° 1434, 22 février 2010, p. 113-126, spéc. p. 116. En ce sens, la rapporteure du projet de loi du pays relatif au code du travail rappelait, que codifier en Nouvelle-Calédonie, c'est « à la fois d'un véritable "nettoyage" du droit rendu possible par l'abrogation des normes antérieures, et également d'un vrai travail de synthèse », (Anamalia Logologfolou, Rapport n° 64 du 30 octobre 2007, préc., p. 97).

23 Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie.

24 Nadège Meyer, « Un nouveau Code du travail peut en cacher un autre : le Code du travail de Nouvelle-Calédonie », préc., p. 122.

25 TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône c. Conseil des prud'hommes de Lyon*, AJDA, 1996, 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.

*recrutés sur un emploi statutaire local relèvent d'un statut de droit public au sens tant de l'article 1 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 que de l'article Lp. 111-3 du code du travail de Nouvelle-Calédonie.*²⁶

Au terme de cette rétrospective institutionnelle, les contractuels des administrations calédoniennes étaient soumis au droit du travail depuis près de soixante-dix ans. C'est cette règle séculaire que le législateur du pays a remise en cause, pour faire des contractuels des administrations des agents de droit public. De prime abord, ce choix paraît pour le moins étonnant. En effet, mondialisation oblige, la Nouvelle-Calédonie n'est pas épargnée par les théories du New Public Management (NPM) qui prônent la réduction des fonctionnaires et la souplesse du droit privé pour une meilleure efficience de l'action publique. En métropole, la proposition de faire passer les contractuels de droit public sous l'empire du code du travail revient régulièrement²⁷. Les voisins océaniques de la Nouvelle-Calédonie se sont d'ailleurs convertis en grande partie à ces théories en abandonnant largement leur fonction publique de carrière, que l'on songe à l'Australie²⁸ ou, plus symptomatique encore, à la Nouvelle-Zélande²⁹. En réalité, ce choix résulte de déterminants politiques autant que juridiques.

Cette modification du droit applicable aux contractuels s'inscrit dans une réforme plus globale, lancée de longue date. À partir des années 2000, la Chambre Territoriale des Comptes de la Nouvelle-Calédonie (CTC-NC) a attiré l'attention, par deux rapports, sur les difficultés de gestion de la fonction publique en Nouvelle-Calédonie. Elle fustigeait la complexité statutaire autant que le recours massif aux contractuels de droit privé, dans des conditions ne respectant pas toujours le cadre légal.

En outre, une décision du Conseil constitutionnel, rendue en 2011³⁰ avait fragilisé l'état du droit. Si l'article Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie soumettait les contractuels des personnes publiques au droit du travail, son Lp. 311-2 excluait les personnes publiques calédoniennes du champ d'application des règles relatives au droit syndical et aux Institutions Représentatives du Personnel (IRP). En outre, aucun texte spécifique n'avait été adopté à l'égard de ces agents. Pourtant, pour le Conseil constitutionnel cette exclusion violait la liberté syndicale et le principe de participation des travailleurs. Après cette décision, certains syndicats ont été en justice afin de faire tenir des élections professionnelles conformément aux règles du code du travail de la Nouvelle-Calédonie dans les administrations³¹, notamment pour instaurer des délégués du personnel et des comités d'entreprise, avec les financements afférents. La mise en place de ces IRP dans les administrations publiques aurait grevé de manière importante, voire insurmontable, leurs budgets. Pour la Nouvelle-Calédonie, le coût était estimé entre 800 000 et 1 milliard de francs CFP³². Partenaires sociaux et employeurs publics ont donc dialogué afin de trouver un compromis. Il a finalement été décidé de créer un statut propre aux agents contractuels des administrations publiques.

26 Didier Boccon-Gibod, concl. sur TC, 13 décembre 2010, *Cabarel c/ Cercle mixte du régiment d'infanterie de Marine du Pacifique Nouvelle-Calédonie*. Voir dans le même sens, Yves Struillou, « Liberté syndicale, principe de participation des travailleurs et agents des collectivités publiques : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2012, p. 342.

27 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La Documentation française, 2008 ; CAP 2002, *Action Publique 2022 : pour une transformation du service public*, 2018 ; voir Émilie Marcovici, « Quel bilan d'Action publique 2022 pour le droit de la fonction publique ? », *RFDA*, 2023, p. 361.

28 Voir la contribution de Narelle Bedford dans cet ouvrage.

29 Voir la contribution de Mathias Chauchat dans cet ouvrage. Également Xavier de Lesquen, *État de choc Un pays sans fonctionnaires*, Editéa, 2008.

30 Cons. constit., QPC, 9 décembre 2011, *Patelise F.* ; *RFDC*, 2012, p. 863, note Carine David.

31 Par ex. Cass. Soc. 11 mars 2020.

32 Eloïse Nicolas, *JONC*, 11 mars 2021, n° 407-C (C.R.), 2020, p. 20.

Cette refonte du droit applicable aux contractuels s'inscrit dans une démarche réformatrice plus globale. Celle-ci a été initiée par le gouvernement de Philippe Gomès, en 2010, avec les Assises de la fonction publique³³, après les premières alertes de la CTC-NC, sans que de suites immédiates ne soit données, en raison de la démission du gouvernement collégial et faute de volonté politique ultérieure. Après une tentative de relance en 2014, dû au gouvernement de Cynthia Ligeard, rapidement démissionnaire, le processus a finalement abouti en 2021, entrecoupé de plusieurs reports dus aux élections provinciales de 2019, puis à deux années de crise de la covid-19. Ce compromis s'est traduit juridiquement dans la loi du pays du 12 mai 2021 relative à la Fonction publique de la Nouvelle-Calédonie. Ce texte poursuit deux grands objectifs, dont seul le second fera seul l'objet de cette contribution³⁴.

D'une part, il réalise la fusion des statuts de la fonction publique territoriale et de la fonction publique communale. L'unité historique de la fonction publique territoriale, créée par l'arrêté de 1953 et complétée par la délibération de 1990, avait cédé le pas à la dualité statutaire, avec la création de la fonction publique communale par la délibération de 1994, les maires souhaitant obtenir le pouvoir de nomination de leur agent. Ce statut, auquel n'était soumis que quelques 1 000 fonctionnaires, faisait néanmoins largement office de doublon juridique avec celui de la territoriale. La gestion de ces agents communaux relevait en outre du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, au sein de la Direction des ressources humaines de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie (DRHFPNC). C'est pourquoi, la loi du pays du 12 mai 2021 abroge la délibération de 1994 et modifie l'intitulé de l'arrêté de 1953 et de la délibération de 1990, laissant subsister une seule fonction publique de la Nouvelle-Calédonie.

D'autre part, et surtout, cette loi du pays pose les fondements du nouveau droit, désormais public, applicable aux contractuels. Le compromis trouvé par les syndicats et les employeurs publics est le suivant. Le nouveau statut sécurise la situation des contractuels, en posant des droits adaptés à leur gestion et aux exigences du service public. Parallèlement, le dialogue social et le droit syndical sont rénovés, en incluant désormais les contractuels dans les IRP (notamment les comités techniques paritaires), à côté des fonctionnaires. Les employeurs publics n'ont plus à suivre les règles du code du travail de la Nouvelle-Calédonie sur ce point.

Menée grâce au dialogue social, cette réforme poursuit pour but principal de sécuriser la situation juridique des agents contractuels. Elle s'avérerait d'autant plus nécessaire que les agents contractuels sont nombreux. En 2021, ils étaient environ 13 000. Cette proportion particulièrement importante s'explique par les difficultés à organiser certains concours, notamment dans les petites communes et, parallèlement, par l'existence de pratiques peu vertueuses des employeurs publics ne respectant pas toujours les cas de recours aux contrats³⁵. Pour ces raisons, la réforme s'avère donc bienvenue.

Ceci débouche sur un phénomène que Marcel Pochard avait pu qualifier de la sorte à l'égard du cas hexagonal, qui se retrouve en Nouvelle-Calédonie :

Les agents non-titulaires sont à l'extérieur de ce que l'on pourrait qualifier de forteresse, sans autre avenir pour une large partie d'entre eux, que d'entrer un jour dans cette forteresse. Ce qui explique la revendication périodique des organisations syndicales de titularisations exceptionnelles de ces non-titulaires, en apparence pour mettre fin à des situations dites précaires, en réalité parce que l'existence même de non-titulaires est perçue comme une anomalie. Les fonctionnaires sont trop conscients de

33 Philippe Gomès, « Discours du Président du Gouvernement de la Nouvelle Calédonie », Premières assises de la fonction publique, 2010.

34 Pour une vision générale, Charles Froger, « La fonction publique en Nouvelle-Calédonie. Un colosse aux pieds d'argile », *AJFP*, 2023, p. 83-89.

35 CTC-NC, *Examen de la gestion des personnels de la Nouvelle-Calédonie*, 2006.

la différence de situation, selon que l'on est à l'intérieur ou à l'extérieur de la forteresse, notamment en termes de mobilité, pour ne pas vivre mal cette présence à leur côté d'agents ne bénéficiant pas de leurs avantages et qui sont en quelque sorte leur mauvaise conscience, même s'ils savent rappeler aux contractuels qu'ils auraient eu tout loisir de rentrer dans la Fonction publique par la voie du concours.³⁶

Les orientations choisies par la réforme, notamment le choix d'un statut des contractuels, peuvent cependant être interrogées. Quelles en sont les conséquences sur l'avenir de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie? Cette question se pose à plus forte raison au regard de la structuration des effectifs dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie. En 2019, on dénombrait seulement 10 000 fonctionnaires³⁷ pour 13 000 contractuels, soit environ 56 % de la fonction publique. Ce ratio est extrêmement important lorsqu'on le compare, malgré les difficultés de quantification, à celui de l'hexagone où 17 à 20 % des agents sont des contractuels³⁸. Par conséquent, la loi du 12 mai 2021, en créant un statut parallèle, à côté de celui des fonctionnaires, fera inévitablement émerger une para-fonction publique contractuelle. Le risque de « ce dualisme statutaire »³⁹ est double. D'une part, en publicisant les contractuels, ne verra-t-on pas apparaître une sous-fonction publique, au sein de laquelle les droits des contractuels sont parfois moins bien assurés que ceux des fonctionnaires, à situations souvent équivalentes? (I). D'autre part, en ouvrant de manière large le recours au Contrat à Durée Indéterminée de droit public (CDI), n'ouvre-t-on pas la voie à une remise en cause structurelle du principe du fonctionnariat, selon lequel les emplois permanents sont occupés par des agents titulaires? (II). La question est largement débattue en métropole⁴⁰; elle se pose avec encore plus d'acuité en Nouvelle Calédonie en raison d'un droit encore en construction.

I. LA PUBLICISATION DES AGENTS CONTRACTUELS

Le nouveau droit public applicable aux contrats de recrutement des agents travaillant pour les personnes publiques est très large (1). Couplé à l'adoption d'un « statut » des contractuels, les bases de la para-fonction publique contractuelle sont posées (2).

1. Le champ d'application du contrat de droit public

Le législateur du pays dresse une liste énumérative des employeurs publics qui sont soumis au droit public lors du recrutement d'un contractuel. Ce choix donne un champ d'application très large au droit public. Cette liste contient également des exclusions qui écarte le nouveau droit public calédonien.

a. L'inclusion de nombreuses personnes publiques

L'article 27 de la loi du pays du 12 mai 2021 met fin, en quelques mots, à plus de soixante-dix ans d'application du droit du travail aux agents contractuels des personnes publiques en Nouvelle-Calédonie. Ce champ d'application est repris et précisé par l'article 2 de la délibération n° 181 du 4 novembre 2021 que met en œuvre la loi du pays⁴¹.

³⁶ Marcel Pochard, « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », préc., p. 5.

³⁷ DRHFPNC, « Données sociales », 2019, voir DRHFPNC, « Données RH », 2023, <https://drhfpnc.gouv.nc/la-drhfpnc-propos/donnees-rh>

³⁸ Voir Aurélie Peyrin, « Quantifier les emplois précaires dans la fonction publique d'État, 1976-2017 », *Histoire & mesure*, 2020/2, p. 43.

³⁹ Didier Jean-Pierre, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration d'un dualisme statutaire dans la fonction publique », *JCP A*, 2012, n° 2290.

⁴⁰ Par ex. Laura Regairaz, *La fonction publique contractuelle*, Presses universitaires Savoie Mont-Blanc, 2021.

⁴¹ « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas aux : 1° praticiens des établissements hospitaliers; 2° assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation; 3° sapeurs-pompiers volontaires; 4° collaborateurs [de cabinet des membres du Gouvernement, des élus du Congrès et des élus des Provinces];

L'article Lp. 111-3 modifié du code du travail de la Nouvelle-Calédonie dispose désormais que :
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.*

Cet article offre une conception extensive du contrat de droit public. En effet, son application ne repose pas sur une logique fonctionnelle comme en droit métropolitain (i.e. la nature du service public en cause). Seuls « les Berkaniens », « travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »⁴². À l'inverse, depuis le mythe fondé par la décision du Tribunal des conflits *Bac d'Eloka* de 1921 et ses suites⁴³, la gestion privée des SPIC a toujours appelé la soumission des agents au droit travail, à l'exception des agents chargés de l'ensemble de la direction des services et du comptable⁴⁴. Le droit calédonien repose au contraire sur une logique organique (i.e. la nature l'employeur). Celle-ci était déjà celle à l'œuvre sous l'empire du droit du travail. Elle est conservée pour identifier le champ d'application du droit public, lui donnant de larges contours. Le choix du critère organique conduit implicitement mais nécessairement à soumettre au droit public les agents contractuels des personnes publiques mentionnées par l'article Lp.111-3, même lorsque ces dernières gèrent en régie SPIC⁴⁵. Certes, en Nouvelle-Calédonie comme ailleurs, de nombreux SPIC sont aujourd'hui gérés en délégation. C'est le cas du réseau de transport urbain que le Syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa⁴⁶ (SMTU) a délégué au Groupement d'intérêt Économique TCN⁴⁷, personne morale de droit privé qui emploie nécessairement des salariés soumis au code du travail de la Nouvelle-Calédonie. En revanche, le mode de gestion des services publics étant laissé à l'opportunité des collectivités, le juge administratif n'exerçant aucun contrôle sur ce choix⁴⁸, d'autres collectivités peuvent tout à fait décider d'exploiter en régie certains SPIC, tel celui de distribution de l'eau géré par les communes, notamment la province Nord⁴⁹.

En étudiant de plus près cette énumération, certaines mentions paraissent de prime abord peu utiles, sauf à lever immédiatement tout doute. Tel est le cas de celui des Autorités Administratives

agents contractuels recrutés par les employeurs dans le cadre de dispositifs destinés à favoriser le recrutement de certaines catégories de demandeurs d'emploi, à l'exception des dispositions relatives aux comités techniques paritaires; 6° aux maîtres auxiliaires de l'enseignement du second degré. »

⁴² TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône c. Conseil des prud'hommes de Lyon*, préc.

⁴³ Emmanuel Aubin, « Les agents de droit privé des personnes publiques. Le mythe du wharf de Bassam dans la fonction publique ? », *AJDA*, 2021, p. 84.

⁴⁴ CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenges de Labeau*, Rec. p. 157; *D.* 1957, p. 378, concl. Claude Mosset et p. 380, note André de Laubadère.

⁴⁵ Par ex., l'article L. 323-1 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie dispose que « Les communes et les syndicats de communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial ».

⁴⁶ Arrêté HC/DAIRCL n° 51 du 30 août 2010 portant création du syndicat mixte des transports urbains dénommé « Syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) ».

⁴⁷ Délibération DEL-2018-16 portant autorisation du Président à signer la Délégation de Service Public pour l'exploitation du réseau de Transport Tanéo du Grand Nouméa.

⁴⁸ CE, 18 mars 1988, *Loupias*, n° 57893, Rec.

⁴⁹ Art. L. 372-1 code des communes de la Nouvelle-Calédonie. Sur présomption de SPIC de ces services, TC, 21 mars 2005, *Alberti-Scott*, n° 3413.

Indépendantes (AAI), d'ailleurs ajouté au cours de débats au congrès. Ces AAI peuvent être créées par la Nouvelle-Calédonie dans ses domaines de compétences⁵⁰. Pour l'heure, une seule AAI existe : l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie⁵¹. Même sans mention dans l'article Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, les agents de ses AAI auraient été soumis au nouveau droit public. En effet, les AAI sont des services non personnalisés, contrairement aux autorités publiques indépendantes (API) qui disposent de la personnalité juridique⁵². Elles relèvent organiquement de leur personne publique de rattachement, ici la Nouvelle-Calédonie. Comme les contractuels recrutés par cette dernière collectivité, ceux employés par l'Autorité de la concurrence calédonienne auraient, en tout état de cause, relevé du droit public⁵³.

b. L'exclusion de certaines personnes publiques

Cette liste ne mentionne pas toutes les personnes publiques calédoniennes et elle en exclut spécifiquement certaines. Ces évictions laissent, pour l'essentiel, perdurer le droit du travail. Tel est le cas, en premier lieu, des trois chambres consulaires : chambre du commerce et de l'industrie, chambre des métiers et de l'artisanat et chambre d'agriculture. Leur statut a en effet été réformé par la loi du pays du 21 juillet 2021⁵⁴, mise en œuvre par une délibération commune⁵⁵ et une délibération propre à chaque chambre⁵⁶. Bien qu'elles constituent des EPA de la Nouvelle-Calédonie⁵⁷, leur directeur est recruté « par contrat à durée indéterminée auquel il est mis fin de plein droit en cas de non renouvellement de l'intéressé à l'issue de la durée initiale de sa nomination par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou de fin anticipée de cette nomination décidée par ce dernier »⁵⁸. Ses agents « sont des salariés de droit privé soumis aux dispositions du code du travail de la Nouvelle-Calédonie »⁵⁹. Le maintien du droit privé se justifie ici par la nature de leur mission qui les met en lien avec les acteurs du monde économique⁶⁰. Le choix de la Nouvelle-Calédonie est ici plus clair que celui de l'hexagone, ayant opté pour un statut ambigu des personnels des chambres consulaires, à mi-chemin entre le droit du travail et celui de la fonction publique⁶¹.

⁵⁰ Art. 27, LONC 19 mars 1999, préc.

⁵¹ Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Ce texte a déjà fait l'objet de trois modifications en 2016, 2019 et 2020. Voir Émilie Akoun, « L'intervention publique économique en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2014, p. 231.

⁵² TA Paris, 19 novembre 2008, n° 0507576-5, 0604238-5.

⁵³ Art. 27-1, LONC 19 mars 1999, préc. : « L'administrative indépendante dispose des crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Les crédits ainsi attribués sont inscrits au budget de la Nouvelle-Calédonie. Les comptes de l'autorité administrative indépendante sont présentés au contrôle de la chambre territoriale des comptes ».

⁵⁴ Loi du pays n° 2021-7 du 21 juillet 2021 relative aux chambres consulaires de la Nouvelle-Calédonie.

⁵⁵ Délibération n° 168 du 19 août 2021 prise en application de la loi du pays relative aux chambres consulaires de la Nouvelle-Calédonie et fixant les dispositions communes aux chambres consulaires.

⁵⁶ Délibération n° 169 du 19 août 2021 prise en application de la loi du pays relative aux chambres consulaires de la Nouvelle-Calédonie et fixant les statuts particuliers de la chambre du commerce et de l'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI-NC) ; Délibération n° 170 du 19 août 2021 prise en application de la loi du pays relative aux chambres consulaires de la Nouvelle-Calédonie et fixant les statuts particuliers de la chambre de métiers et d'artisanat de la Nouvelle-Calédonie (CMA-NC) ; Délibération n° 171 du 19 août 2021 prise en application de la loi du pays relative aux chambres consulaires de la Nouvelle-Calédonie et fixant les statuts particuliers de la chambre d'agriculture de la Nouvelle-Calédonie (CANC).

⁵⁷ Art 1, Loi du pays du 21 juillet 2021, préc.

⁵⁸ Art. 7, Loi du pays du 21 juillet 2021, préc.

⁵⁹ Art. 8, Loi du pays du 21 juillet 2021, préc.

⁶⁰ Art. 2, Loi du pays du 21 juillet 2021, préc. : « Les chambres consulaires assurent un rôle général d'appui, d'accompagnement, de formation, d'assistance et de conseil auprès des acteurs économiques qu'elles représentent. Elles ont également une fonction de représentation des intérêts du monde économique auprès des pouvoirs publics. »

⁶¹ Jean-Philippe Ferreira, « La diversification croissante du droit applicable aux agents des chambres consulaires »,

En deuxième lieu, sont également toujours soumis au droit du travail, les agents des établissements industriels et commerciaux (EPIC), implicitement exclus de l'article Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie qui ne mentionne que les EPA. Cela concerne en pratique les trois EPIC de la Nouvelle-Calédonie, à savoir l'Office des postes et télécommunication, le Port autonome et l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique. Leurs contractuels restent donc soumis au droit du travail. Cette solution se justifie par le fait que ces structures gèrent normalement des SPIC. Il existe néanmoins une différence de droit applicable aux agents selon que la personne publique gère le SPIC en régie (droit public) ou par l'intermédiaire d'un EPIC (droit du travail).

Une dernière exclusion, et non des moindres, paraît laisser perdurer le droit du travail. Il s'agit du cas des contractuels de l'État. Celui-ci ne figure pas à l'article L. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie. Pour la jurisprudence, dès les années 1950, les exceptions au champ d'application du droit du travail, à savoir « le statut de droit public et de fonction publique », ne visaient pas plus les contractuels de l'État que ceux des personnes publiques locales⁶². La juridiction administrative se déclarait donc logiquement et régulièrement incompétente, au profit du juge du travail calédonien. En pratique, il était toutefois fréquent que, par la force de l'habitude et la méconnaissance de cette particularité juridique, les employés des ressources humaines des services de l'État nouvellement en poste recourent aux règles de droit public métropolitain. En cas de contentieux, l'insertion dans le contrat d'un renvoi aux dispositions du décret 17 janvier 1986 relatif aux agents non titulaires de l'État n'entraînait cependant pas davantage un « statut de droit public »⁶³. L'adoption du code du travail de la Nouvelle-Calédonie par la loi du pays de 2008 a néanmoins fait naître une incertitude⁶⁴. La loi du pays a certes pu abroger les termes de l'ordonnance de 1985 en ce qu'elle s'appliquait aux agents des personnes publiques calédoniennes, la compétence en matière de droit travail ayant été totalement transférée à la Nouvelle-Calédonie par la LONG de 1999. En revanche, cette même loi du pays pouvait-elle soumettre les agents contractuels de l'État au droit du travail calédonien nouvellement codifié ? Ou, au contraire, l'État était-il seul compétent pour déterminer le droit applicable à ses agents, y compris contractuels ? Dans ce cas, en l'absence d'intervention du législateur national, les contractuels de l'État devaient rester régis par le droit du travail issu de l'ordonnance de 1985, seul texte pris par l'État. La réponse paraissait être fournie dans l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi du pays instituant le code du travail de la Nouvelle-Calédonie. Il estimait que :

*La Nouvelle-Calédonie n'était pas compétente pour abroger et codifier ces dispositions en tant qu'elles s'appliquent aux agents non titulaires de l'État. Ces agents en fonction localement, qui participent à un service public administratif, doivent être regardés comme appartenant à la « fonction publique de l'État », matière qui, en application des dispositions du g° du 1 de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, relève de la compétence de l'État. Si ces agents sont soumis, en l'état des textes, au droit du travail, il n'en demeure pas moins que c'est à l'État qu'il revient de déterminer le régime de travail qui leur est applicable. Il n'appartient donc pas à la Nouvelle-Calédonie d'abroger l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 et les textes pris pour son application en tant qu'ils s'appliquent à ces agents.*⁶⁵

AJFP, 2015, pp. 184; Jean-Philippe Ferreira, « La loi PACTE : une réinvention du modèle des chambres consulaires ? », AJDA, 2019, p. 1272.

62 TC, 19 février 1996, *Délégué du Gouvernement pour la Nouvelle-Calédonie c/ Paturel*, n° 2998, Rec. p. 534.

63 TC, 13 décembre 2010, *Cabarel c/ Cercle mixte du régiment d'infanterie de Marine du Pacifique Nouvelle-Calédonie*, préc.

64 Edwin Matutano, « L'énigme du droit applicable aux agents non titulaires de l'administration en Nouvelle-Calédonie », AJFP, 2009, p. 179; Anne Gras, « L'accès au droit en Nouvelle-Calédonie », JCP G, 2007, n° 9, p. 2.

65 CE, avis, 10 et 11 juill. 2007, n° 380639.

Autrement dit, le Conseil d'État lisait la compétence « fonction publique de l'État » comme englobant à la fois les agents titulaires et les contractuels. Cette solution avait néanmoins été critiquée lors des débats au congrès, au nom de la rupture d'égalité entre tous les contractuels exerçant sur le territoire. Les élus (non-indépendantistes comme indépendantistes) souhaitaient que « ces agents soient soumis aux mêmes règles que les agents de la fonction publique calédonienne et les travailleurs en général de la Nouvelle-Calédonie »⁶⁶. En l'absence d'intervention normative de l'État, une telle affirmation aurait dû demeurer un vieux pieux. C'était sans compter sur la volonté simplificatrice du Tribunal des conflits. Ce dernier a donné une interprétation extensive du champ d'application de la loi du pays de 2008, retenant une position contraire à celle de la formation consultative du Conseil d'État en 2007. Jugeant de la situation d'un agent recruté par l'État en tant que programmeur à la trésorerie générale, la décision *Van Assche* de 2010 affirme que les articles Lp. 111-1 à Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, « issues de la loi du pays du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie, se sont substituées à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie »⁶⁷. Autrement dit, la compétence en matière « de fonction publique de l'État » s'interprète comme n'incluant que les seuls agents titulaires. Après quelques hésitations, le droit applicable aux agents contractuels de l'État était donc stabilisé⁶⁸. Le doute a reparu avec la réforme de la loi du pays de 2021, combinée à celle nationale du Code Général de la Fonction Publique (CGFP) par l'ordonnance du 24 novembre 2021⁶⁹. Comme précédemment indiqué, l'article 27 de la loi du pays de 2021 a fait le choix de soumettre à un nouveau droit public les contractuels des personnes publiques nommément désignées par l'article Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie. Or, s'en tenant à l'interprétation du terme « fonction publique de l'État » donné dans l'avis du Conseil d'État de 2007, plutôt qu'à la jurisprudence du Tribunal des conflits, le législateur du pays a décidé de ne pas inclure l'État dans la liste des employeurs publics visés, s'estimant incompétent pour réaliser cette transformation. Il en résulte un important paradoxe. Désormais, les contractuels des personnes publiques locales sont régis par le nouveau droit public calédonien, alors qu'en application de la jurisprudence, ceux de l'État resteraient régis par le droit du travail, qui plus est calédonien ! Ajoutant à la complexité, le CGFP a soulevé une nouvelle ambiguïté. Une lecture rapide de son champ d'application pourrait laisser croire que le législateur national a voulu rapatrier les contractuels de l'État dans le giron du droit public métropolitain. Ainsi, l'article L. 8 précise-t-il que « les dispositions du présent code, en tant qu'elles sont relatives au statut des agents de l'État, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie sous réserve des dispositions particulières qu'il prévoit pour cette collectivité ». Or, le terme agent de l'État est défini par l'article L. 7, 4° : « Les mots : “agent de l'État” désignent le fonctionnaire de l'État et l'agent contractuel de l'État ». Une lecture plus attentive conduit néanmoins à écarter du CGFP les agents contractuels de l'État exerçant en Nouvelle-Calédonie. Le même article 7, 3° dispose que « les mots : “agent contractuel” désignent l'agent contractuel recruté sur un contrat de droit public par l'une des autorités mentionnées à l'article L. 2 », article auquel l'État est cité. Le CGFP conduit donc au raisonnement circulaire suivant : les agents de l'État en Nouvelle-Calédonie étant toujours soumis au droit du travail calédonien par la jurisprudence du Tribunal des conflits, ils ne peuvent être inclus dans le champ d'application du CGFP, et donc soumis au droit public. Bien que discutable en termes d'égalité de traitement, cette lecture semble

66 P. Bréteigner, Rapport n° 64 du 30 octobre 2007, p. 112.

67 TC, 12 avril 2010, *Van Assche*, n° 3747, Rec. p. 577 ; *AJFP* 2010, p. 241, note E. Matutano.

68 CE, 30 novembre 2018, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. A.*, n° 412317.

69 Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique.

confirmée par un récent avis du Conseil d'État du 14 décembre 2021, lequel est postérieur à l'adoption de l'ordonnance du 14 novembre 2021 créant le CGFP. À l'occasion d'un projet de loi du gouvernement français qui étend en Nouvelle-Calédonie les nouveaux contrats de droit public de recherche et d'enseignement créés au sein des universités par la loi du 24 décembre 2020, la formation consultative du Conseil d'État paraît s'être ralliée à la lecture contentieuse du Tribunal des conflits. Elle estime que ces extensions :

*[...] ne se heurtent à aucune objection. Toutefois, [...] en l'état actuel de la jurisprudence [...], ces dispositions ne peuvent suffire, à elles seules, à produire les effets recherchés aussi longtemps que l'article Lp. 111-3 du code de travail de Nouvelle-Calédonie n'aura pas été corrélativement modifié par le congrès de Nouvelle-Calédonie pour exclure expressément ces catégories d'agents du champ de ce code.*⁷⁰

Au vu de cet *imbroglio*, il paraît urgent de clarifier la situation. L'État et la Nouvelle-Calédonie doivent discuter pour délimiter les contours de leur intervention et choisir clairement le droit applicable aux agents de l'État, plutôt que d'attendre une hasardeuse solution contentieuse.

Pour être complet sur les contours du champ d'application du nouveau droit public calédonien, il faut mentionner un cas particulier : les Groupements d'Intérêt Public (GIP), qualifiés par la jurisprudence de personnes publiques⁷¹. Bien qu'ils ne soient pas cités par l'article L. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, leurs agents ne sont pas soumis au code du travail de la Nouvelle-Calédonie. Ils sont actuellement régis par le droit public métropolitain et devraient le demeurer. En effet, la loi du 19 mars 1999 autorise l'État et d'autres personnes morales de droit public ou personnes morales de droit privé à constituer des GIP pour des missions limitativement déterminées⁷². Prenant la suite du programme 400 cadres issus des accords de Matignon-Oudinot, c'est ainsi que, par exemple, a été créé le GIP – Formation – Cadres avenir – formations⁷³, regroupant l'État et la Nouvelle-Calédonie, pour accomplir l'obligation de formation des futurs cadres calédoniens⁷⁴. Outre des fonctionnaires mis à disposition, ce GIP emploie des agents sous contrat auquel il « pourra être mis fin librement »⁷⁵. Par conséquent, « les personnels ainsi recrutés n'acquièrent pas de droits à accéder ultérieurement à des emplois dans les services ou organismes participant au GIP »⁷⁶. Le texte reste toutefois muet sur la nature du contrat en question. Il faut se reporter aux dispositions générales des GIP pour résoudre la question. La loi du 19 mars 1999 renvoie aux dispositions législatives métropolitaines encadrant

70 CE, avis, Sect. adm., 14 déc. 2021, n° 404471. Voir Conseil d'État, *Rapport public 2021*, p. 302.

71 TC, 14 février 2000, *Groupeement d'intérêt public Habitat et interventions sociales*, n° 3170, Rec.

72 Art. 3, V, loi 19 mars 1999, préc. : « 1° Exercer des activités visant à favoriser, en métropole, la formation des cadres nécessaires au développement économique et social de la Nouvelle-Calédonie; 2° Exercer des activités dans le domaine de la conservation et de la gestion des milieux naturels; 3° Favoriser l'accueil en Nouvelle-Calédonie de manifestations sportives internationales; 4° Aux fins de mise en œuvre des orientations préconisées par l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 en matière de formation des habitants de la Nouvelle-Calédonie, exercer des activités tendant à permettre aux personnes résidant en Nouvelle-Calédonie de suivre une formation; 5° Exercer des activités contribuant à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques concertées de développement social urbain ». Ces groupements sont soumis aux dispositions du chapitre II de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

73 Délibération n° 128 du 18 novembre 2005 portant approbation de la participation de la Nouvelle-Calédonie au groupement d'intérêt public « Formation - Cadres Avenir ».

74 Art. 4.1.2. accord de Nouméa : « Un programme de formation de cadres moyens et supérieurs, notamment techniques et financiers, sera soutenu par l'État à travers les contrats de développement pour accompagner les transferts de compétences réalisés et à venir. Un programme spécifique, qui prendra la suite du programme "400 cadres" et concernera les enseignements secondaire, supérieur et professionnel, tendra à la poursuite du rééquilibrage et à l'accession des kanak aux responsabilités dans tous les secteurs d'activités. »

75 Délibération n° 128 du 18 novembre 2005, préc.

76 *Ibid.*

les GIP⁷⁷. En application de celle-ci les personnels des GIP recrutés par contrat sous bien soumis à un régime de droit public⁷⁸. Il s'agit toutefois de règles propres à leurs agents, différentes du nouveau statut de droit public des contractuels en Nouvelle-Calédonie.

2. Le caractère statutaire du contrat de droit public

Le constat de Carole Moniolle, effectué à l'égard des contractuels de l'État en métropole, peut être étendu à la Nouvelle-Calédonie. Le fonctionnariat a un « effet attractif »⁷⁹ sur la situation des agents non titulaires. Autrement dit, le statut des agents titulaires exerce un rôle « sur le non-titulariat tant au regard de la relation de travail qui lui est applicable que de la place des dispositions statutaires »⁸⁰. En effet, le régime juridique des contractuels est largement déterminé par des règles légales et réglementaires, dont le contenu, spécialement à l'égard des agents publics en CDI, peut s'apparenter à une véritable carrière.

a. La situation légale et réglementaire des agents publics contractuels

On retrouve ici la difficulté depuis longtemps évoquée par la doctrine à propos de la qualification du contrat de droit public dans l'hexagone. L'aspect proprement contractuel est en grande partie « illusoire »⁸¹, la situation de l'agent étant réglée par des textes législatifs et réglementaires. Il s'en trouve placé dans une situation « quasi réglementaire »⁸² ou « quasi-fonctionnariat »⁸³, faisant de lui un « simili-fonctionnaire »⁸⁴. Le droit calédonien l'illustre parfaitement.

L'article Lp. 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie paraît assumer cette assimilation puisqu'il affirme, par un oxymore juridique, que « les agents contractuels relèvent d'un statut de droit public au sens du présent code ». Ce cadre statutaire des contractuels est d'abord fixé par des dispositions légales, qui renvoient pour l'essentiel aux statuts des fonctionnaires territoriaux. Ainsi, l'article 29 de la loi du 12 mai 2021 précise-t-il que :

[...] les agents contractuels sont soumis aux mêmes règles que les fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie dans les matières suivantes :

- 1° droit d'expression;*
- 2° exercice des droits syndicaux;*
- 3° repos hebdomadaire;*
- 4° emploi des travailleurs handicapés;*
- 5° formation professionnelle;*
- 6° droits et obligations;*
- 7° congés, à l'exception des congés de maladie, administratifs et uniques;*
- 8° permissions exceptionnelles.*

Le nouveau régime de droit public des contractuels est ensuite façonné par la délibération du congrès du 4 novembre 2021⁸⁵. Or ce texte fixe la quasi-totalité du contenu du contrat de droit public, à nouveau dans une logique de rapprochement avec le statut des agents titulaires.

77 Art. 98 à 120, loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

78 Décret n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public.

79 Carole Moniolle, « L'effet attractif du fonctionnariat sur la situation des agents non titulaires », *AJDA*, 2011, p. 2395.

80 *Ibidem*.

81 Bruno Genevois, concl. sur CE, Sect., 25 mai 1979, *Rabut, Rec.*, p. 231.

82 Fabrice Melleray, « Nouvelle illustration de la situation "quasi réglementaire" des agents publics contractuels », *Dr. adm.*, 2009, n° 41.

83 Boris Barraud, « Du statut au contrat : vers une fonction publique "déstatuée" ? », in Charles Fortier [dir.], *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, 2014, p. 159.

84 Emmanuel Aubin, Contrat et fonction publique territoriale : les agents contractuels, des *simili* fonctionnaires, *AJCT*, 2016, p. 142.

85 Délibération n° 182 du 4 novembre 2021 prise en application de la loi du pays n° 2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie.

Les contrats de recrutement des agents de droit public sont bien de « faux contrats »⁸⁶ ou des « contrats d'adhésion »⁸⁷. L'agent accepte ou refuse les clauses contractuelles dont le contenu est largement prédéterminé par la loi et le règlement. Ainsi la signature de « l'acte d'engagement écrit »⁸⁸ déclenche un régime juridique dont les termes ne sont nullement négociés. Finalement, comme l'a démontré Yves Gaudemet, « le contrat signé au moment de l'entrée en fonctions n'est guère qu'un "acte-référence", déclenchant l'application d'un régime statutaire prédéfini »⁸⁹. Cette situation a été confirmée par le Conseil d'État. Il juge désormais que « les agents contractuels de l'État étant placés vis-à-vis de leur administration dans une situation légale et réglementaire, les modifications apportées aux règles qui régissent leur emploi leur sont, en principe, et sauf dispositions contraires, immédiatement applicables »⁹⁰. L'étude du contenu du régime juridique souligne plus encore les similitudes avec la carrière des fonctionnaires.

b. La « quasi-carrière »⁹¹ des agents publics contractuels

L'étude du contenu du cadre législatif et réglementaire des contractuels de droit public, dessine un statut *bis*. Autrement dit, de nombreuses dispositions reprennent les mécanismes propres aux fonctionnaires, pour les étendre aux contractuels. Cette entreprise est particulièrement à l'œuvre concernant les agents publics en CDI, au point que leur parcours professionnel relève d'une « quasi-carrière », marquée par la progression et la mobilité. Deux domaines l'illustrent.

La rémunération des contractuels en CDI, en premier lieu, s'apparente bien plus à un traitement qu'à un salaire. Elle est d'ailleurs calculée par référence à la rémunération des fonctionnaires⁹² et son montant est déterminé « suivant un indice brut de la grille locale des traitements des fonctionnaires déterminés en fonction de l'emploi occupé » Logiquement, les contractuels bénéficient d'éventuelles revalorisations du point d'indice et des coefficients de majoration et des indices majorés⁹³. La délibération dresse ensuite les différents échelons en fonction du niveau hiérarchique de l'agent et de son ancienneté⁹⁴, celle-ci pouvant même être calculée au regard des activités exercées auparavant, y compris dans le secteur privé⁹⁵. L'avancement s'effectue de « manière continue d'échelon en échelon »⁹⁶. Ainsi, la part proprement contractuelle de la rémunération est réduite à néant.

La mobilité est également déterminée, en second lieu, selon une logique de progression continue dans la carrière. Ainsi les agents publics en CDI « peuvent, avec leur accord, être mis à disposition dans les mêmes conditions que les fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie »⁹⁷. En cas de mobilité auprès d'un autre employeur public « en vue d'occuper un emploi dont le niveau de recrutement est identique », l'agent est « reclassé, dans la grille indiciaire concernée, à un échelon comportant un indice brut égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui précédemment détenu »⁹⁸.

86 Jacques-Henri Stahl concl. sur CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, Rec., p. 375, *AJDA*, 1998, p. 969.

87 Marcel Pochard, « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 991.

88 Art. 5, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

89 Yves Gaudemet, « Existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'administration ? (sur le degré d'originalité de recrutement par contrat dans la fonction publique) », *AJDA*, 1977, p. 614.

90 CE, 19 novembre 2018, *Autorité de la concurrence*, Rec. Tab. p. 540 ; *AJDA*, 2019, p. 301, note Fabrice Melleray.

91 Charles Fortier, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. Memento, 2019, p. 128.

92 Art. 113, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

93 Art. 115, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

94 Art. 118 à 121, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

95 Art. 123, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

96 Art. 124, I, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

97 Art. 126, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021, préc.

98 Art. 127, Délibération n° 182 du 4 novembre 2021 préc.

L'effet attractif du fonctionnariat n'est cependant pas total. Les protections accordées par le statut des agents publics restent parfois en deçà de celles du statut des fonctionnaires, alors même que rien ne paraît justifier objectivement une telle différence de traitement, a fortiori lorsque l'emploi permanent est occupé par un contractuel en CDI. La discipline en est un exemple topique. Le prononcé des sanctions contre l'agent contractuel n'offre pas les mêmes garanties que celles existant pour le fonctionnaire. En particulier, l'employeur n'a pas à saisir le conseil de discipline, représentant employeurs et agents, contrairement à ce qui existe pour les fonctionnaires. Ce conseil est généralement constitué par la commission administrative paritaire dont relève l'agent⁹⁹. Or, il n'existe pas d'équivalent de commission administrative paritaire pour les contractuels, même en CDI. Le droit public calédonien n'a pour l'heure pas repris les commissions paritaires consultatives existant dans les trois versants de la fonction publique métropolitaine pour agents publics contractuels.

II. LA CDI-SATION DES AGENTS CONTRACTUELS

La fonction publique de carrière repose sur le principe du fonctionnariat. Les emplois permanents y sont occupés par des agents titulaires, normalement recrutés par concours. En métropole, ce principe est cependant largement concurrencé par l'essor des contractuels, spécialement lorsqu'ils sont en CDI de droit public. Alors que cet « intrus »¹⁰⁰ n'existait pas dans la fonction publique, la réforme de 2021 l'a introduit dans l'édifice statutaire, presque par effraction. C'est par la voie d'un amendement adopté en cours de débats au Congrès que cette modalité de recrutement a été largement ouverte. Les agents sont placés en CDI après trois années de service en CDD ou, dans de larges conditions, lors d'un primo-recrutement dans la fonction publique.

1. La CDI-sation après trois années de services en CDD

Le principe du fonctionnariat, sur lequel repose encore la fonction publique calédonienne, n'apparaissait pas clairement dans le statut des fonctionnaires territoriaux, ni dans celui des fonctionnaires communaux. À l'occasion de la fusion des statuts, l'article 26 de loi du pays du 12 mai 2021 le rappelle explicitement en réécrivant l'article Lp. 11 de la délibération de 1990 : « Les emplois permanents des employeurs publics sont occupés par des fonctionnaires. » Cette affirmation est cependant immédiatement nuancée par l'article suivant Lp. 11-1 qui prévoit les modalités de recours aux contrats, sur des emplois permanents. Drogatoires au recrutement d'un fonctionnaire, les agents contractuels sont normalement recrutés de manière temporaire, par un CDD. Progressivement, la volonté d'adapter les services publics avec plus de flexibilité, de pallier les difficultés de recrutement dans certains secteurs carencés ou encore de trouver des compétences spécialisées que le vivier de fonctionnaires n'offre pas toujours, a élargi les cas de recours au CDD. Cette dernière situation se présente de manière récurrente en Nouvelle-Calédonie, en raison d'un vivier d'emploi plus restreint qu'en métropole. L'article 27, I de la loi du pays du 21 mai 2021 réécrit l'article 11-1 de la délibération de 1990 à droit quasi-constant (seule la dernière hypothèse est un ajout de la réforme).

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

⁹⁹ Délibération n° 135 du 21 août 1990 relative aux commissions administratives paritaires ; Délibération n° 76/CP du 5 septembre 1996 relative aux commissions administratives paritaires des cadres d'emplois des communes de Nouvelle-Calédonie et de leurs établissements publics.

¹⁰⁰ Hervé Rihal, « Un intrus, le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer*, LGDJ - Lextenso, 2013, p. 291.

- 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.

Bien que ces contractuels n'aient en principe juridiquement pas vocation à rester de manière pérenne sur ces emplois permanents, cette pratique a souvent lieu. « Mauvaise conscience de la fonction publique »¹⁰¹, les contractuels en CDD doivent voir leur nombre limité, *a fortiori* sous l'empire du droit antérieur à 2021 qui les soumettait au droit du travail. En effet, le risque d'une requalification en CDI pesait lourdement sur les administrations en raison des règles du code du travail de la Nouvelle-Calédonie.

Pour résoudre ces difficultés, les pouvoirs publics, sollicités par les organisations syndicales, élaborent régulièrement des plans de titularisation ou d'intégration, encore appelée de « résorption de l'emploi précaire ». Ils permettent d'intégrer directement les contractuels dans les corps et cadre d'emploi, dès lors que certaines conditions d'ancienneté et de fonctions sont remplies. Le dernier plan en date résulte de la loi du pays n° 2016-18 du 19 décembre 2016 relative à la résorption de l'emploi précaire dans les fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, dont la loi du pays du 2 décembre 2021 vient de proroger jusqu'au 31 décembre 2024 la date à laquelle la titularisation peut être demandée. Ces plans de titularisation ne sont pas sans limites. Du côté des agents, l'intégration n'a rien d'automatique et reste soumise à des conditions restrictives, laissant des agents hors du champ. Du côté des employeurs, ces titularisations augmentent fortement, la masse des fonctionnaires, sur une courte période. Cela rend difficilement prévisible leur gestion budgétaire. À l'heure du NPM, couplée à « l'obsession française » du « trop de fonctionnaires »¹⁰², cet accroissement des effectifs des titulaires n'est pas politiquement la bienvenue.

C'est pourquoi la sécurisation des droits des contractuels passe désormais par des voies contournant la titularisation. Le législateur du pays a décidé d'ouvrir la voie du CDI de droit public. Sur ce point, il reprend la logique métropolitaine de la loi du 26 juillet 2005¹⁰³, imposant la reconduction en CDI après une période maximale de six ans en CCD, et celle de la loi Sauvadet du 12 mars 2012¹⁰⁴, étendant cette CDI-sation. C'est par voie d'un amendement au congrès, déposé par la présidente de la province Sud, Sonia Backès, que cette première possibilité de recrutement en CDI a été décidée. Avec des conditions simplifiées par rapport au droit métropolitain, le CDI est d'autant plus ouvert.

101 Marcel Pochard, « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », préc.

102 Émilien Ruiz, *Trop de fonctionnaires? Histoire d'une obsession française (xix^e-xx^e siècle)*, Fayard, 2021.

103 Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

104 Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

L'article 11-II de la délibération de 1990 dispose désormais que les CDI sont ouverts :

[...] aux agents non-titulaires justifiant des conditions cumulatives suivantes :

- *trois ans de services effectifs continus à temps complet ou incomplet :*
- *pour le compte de l'employeur public lui proposant un recrutement ou un renouvellement à durée indéterminée;*
- *sur le même poste permanent ou sur un poste permanent comportant des fonctions de nature et de niveau équivalents,*
- *un état de service (ou une manière de servir) satisfaisant au regard des fonctions précédemment exercées.*

Les conséquences de cette CDI-sation sont connues; elles ne sont pas sans difficulté. Selon Emmanuelle Marc :

Ici s'ancrent alors de manière pérenne dans le droit de la fonction publique, deux mouvements qui vont jouer concomitamment : l'extension des cas de recours aux contrats et la sécurisation de la situation des agents contractuels. Cette dernière intention est louable, mais elle a pour effet inéluctable de développer une proximité conceptuelle et juridique entre deux situations d'emploi qui, d'exception, devient progressivement principe.¹⁰⁵

Cette logique est encore renforcée par le primo-recrutement en CDI.

2. La CDI-sation dès le recrutement

Le dernier élément parachevant l'émergence d'une para-fonction publique contractuelle réside dans la possibilité de primo-recrutement par un CDI. Dans l'hexagone, expérimenté en 2012 par la loi Sauvadet, pérennisé en 2016 par la loi Déontologie, le primo-recrutement en CDI « s'est tracé un sillon lentement »¹⁰⁶ au point d'être banalisé dans les trois versants de la fonction publique en 2019 par la loi Dussopt. Cette solution a été transposée en Nouvelle-Calédonie.

Cette intrusion s'est faite par le même amendement au cours de débats au congrès que celui ouvrant la CDI-sation après trois années de service. Alors que le texte initialement discuté prévoyait la seule possibilité de recourir au CDI lorsqu'il n'existe « pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions exercées », l'amendement ajoutait d'autres hypothèses¹⁰⁷. L'article 27 de la loi du 12 mai 2021 qui en résulte modifie l'article Lp. 11 de la loi de 1990 comme suit : « Par dérogation au I ci-dessus, les recrutements effectués au 1°, 2° et 3° peuvent l'être à durée indéterminée. » Cela concerne donc les cas où :

- 1° il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions exercées;*
- 2° 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.*

Dans la même veine, le même article 27 contenait un article Lp. 11-b, introduit par voie de sous-amendement, également déposé par la présidente de la province Sud : « Peuvent également être recrutées à durée indéterminée, les personnes détenant un contrat ou un engagement à durée indéterminée auprès de leur précédent employeur public ou privé dans un domaine d'activité en rapport avec la vacance d'emploi ». Cette adjonction visait en réalité à résoudre un cas particulier, concernant les agents de la mission de la jeunesse de la province Sud. L'auteur de l'amendement le défendait dans les termes suivants :

Il s'agit donc là de répondre à une problématique particulière qu'on connaît notamment dans le cadre de la dissolution de la mission d'insertion des jeunes (MIJ), puisqu'aujourd'hui, nous avons des gens

¹⁰⁵ Emmanuelle Marc, « Le statut à 30 ans, vive le contractualisme... », *JCP A*, 2013, n° 2214.

¹⁰⁶ Carole Moniolle, « Le statut des contractuels », *Dr. Social*, 2019, p. 1000.

¹⁰⁷ Sonia Backès, *JONC*, 11 mars 2021, n° 407-C (C.R.), 2020, p. 88.

*à la MIJ qui sont en CDI, et qui vont être repris pour certains par la collectivité et donc pour laquelle la collectivité, s'il n'y avait pas de modification, serait obligée de les reprendre en CDD et non pas en CDI. Voilà, il s'agit là d'un amendement différent de ceux qu'on a évoqués depuis le départ et d'un dispositif exceptionnel.*¹⁰⁸

Cet amendement et ce sous-amendement ont entraîné de vives oppositions politiques lors des débats au congrès, issues des rangs des indépendantistes, comme des non-indépendantistes. Pour le premier texte, à terme, le principal risque avancé était celui de la substitution de l'agent contractuel en CDI au fonctionnaire. Ainsi que l'a relevé le gouvernement, ces possibilités de primo-recrutement par CDI signifient que, dès la publication d'un avis de vacance de poste, et en l'absence de candidature de fonctionnaire, l'emploi peut définitivement être pourvu par un contractuel en CDI. Or, « la pratique prouve que la relance d'un avis de vacance de poste à l'issu du contrat de travail d'un agent contractuel peut permettre le recrutement d'un fonctionnaire »¹⁰⁹. Pour le second texte, la principale critique reposait sur le recours à une norme de portée générale pour régler une situation particulière¹¹⁰.

Malgré ces oppositions, le texte final de la loi du pays final a été voté avec ces deux modifications par une majorité d'élus. C'est pourquoi, le président de la province Nord, opposé à cette apparition du CDI de droit public, a déféré le texte au Conseil constitutionnel, conformément aux articles 103 à 106 de la LONC de 1999¹¹¹. Dans une décision 1^{er} avril 2021¹¹², le juge constitutionnel s'est prononcé sur cette nouvelle dérogation au principe de l'emploi statutaire, en mobilisant le principe d'égalité dans plusieurs de ses dimensions prévues à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La majeure partie du texte en est ressorti validée.

Tout d'abord, reprenant le considérant adopté lors du contrôle de la loi *Dusopt* en 2019¹¹³, il juge que « le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur du pays de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont en principe occupés par des fonctionnaires ». Contrairement au législateur national, la loi du pays avait toutefois omis d'imposer le recours à une procédure garantissant l'égalité d'accès des agents contractuels lors du recrutement. Le Conseil, reprenant de nouveau sa position développée en 2019, posent donc deux réserves d'interprétation. D'une part, les autorités calédoniennes locales devront « fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats à ces emplois et de préciser les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées ». D'autre part, les employeurs locaux devront, malgré *l'intuitu personae* du contrat, seulement apprécier « la capacité des intéressés à remplir leur mission ». Ces réserves ont été traduites dans le droit calédonien par la mise en place d'une procédure de recrutement spécifique prévue par la délibération du 27 avril 2022¹¹⁴, quasi « copier-coller » du décret du 19 décembre 2019 sur la même question dans la fonction publique métropolitaine¹¹⁵. Ce texte cherche à objectiver le

108 Sonia Backès, *JONC*, 11 mars 2021, n° 407-C (C.R.), 2020, p. 98.

109 Wilfried Loquet, *JONC*, 11 mars 2021, n° 407-C (C.R.), 2020, p. 90.

110 Philippe Dunoyer, *JONC*, 11 mars 2021, n° 407-C (C.R.), 2020, p. 104.

111 Ce type de saisine est suffisamment rare pour être relevée. Elle n'est en effet que la septième du genre depuis l'adoption de la LONC du 19 mars 1999.

112 Cons. Constit., Décision n° 2021-7 LP du 1^{er} avril 2021, *Loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie*.

113 Cons. Constit., Décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019, *Loi de transformation de la fonction publique*.

114 Délibération n° 227 du 27 avril 2022 portant modification 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.

115 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.

recrutement en prévoyant notamment que « l'appréciation portée par l'autorité compétente sur chaque candidature reçue est fondée sur les compétences, les aptitudes, les qualifications et l'expérience professionnelles, le potentiel du candidat et sa capacité à exercer les missions dévolues à l'emploi permanent à pourvoir. »

Ensuite, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le respect du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie¹¹⁶, dont le fondement constitutionnel est l'article 3.1.1. de l'accord de Nouméa. À cette occasion, il a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle « les lois du pays doivent s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa et des dispositions organiques prises pour leur application ». En l'espèce, la loi du pays de 2021 renvoyait le recrutement des agents contractuels de droit public aux dispositions du code du travail de la Nouvelle-Calédonie concernant la priorité à l'emploi. En vertu de l'article Lp. 451 de ce code, les citoyens de la Nouvelle-Calédonie et les personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence bénéficient d'une priorité d'emploi. Le requérant critiquait le fait que les fonctionnaires candidats à ces emplois ne pourraient pas bénéficier de cette règle. Pour le Conseil, il n'y a pas de lacune car « tout candidat à un emploi pour lequel le recrutement s'effectuera par la conclusion d'un contrat à durée indéterminée est susceptible de bénéficier de cette priorité d'emploi. La circonstance qu'il serait par ailleurs déjà fonctionnaire est indifférente à cet égard. »

Finalement, seul l'article Lp. 11-1 II-b a fait l'objet d'une censure. Le Conseil l'a jugé contraire au principe d'égalité devant la loi. S'appuyant sur les travaux du Congrès, il rappelle que l'objet des hypothèses de recrutement direct en CDI est « de permettre aux employeurs publics de Nouvelle-Calédonie de recruter des agents qui n'ont pas le statut de fonctionnaire, lorsque ce recrutement est adapté à leurs besoins ». Introduite pour résoudre la question de la reprise des employés de la MIJ par la province Sud, cette disposition imposait que la personne « ait précédemment exercé, sous un contrat à durée indéterminée, un emploi du secteur public ou du secteur privé relevant d'un domaine d'activité en rapport avec celui du poste à pourvoir. » Pour le Conseil, il existe donc une différence de traitement selon la nature du contrat (CDI ou CDD). Or :

[...] l'aptitude d'un candidat à occuper un emploi public ou sa capacité à répondre au besoin de l'administration pour ce poste ne dépend pas du caractère à durée indéterminée ou non du contrat qui le liait à ses précédents employeurs privés ou publics. La différence de traitement ne repose donc pas sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi. Elle n'est pas non plus justifiée par un motif d'intérêt général et méconnaît donc le principe d'égalité devant la loi.

Aux termes de cette décision, le développement du primo-recrutement en CDI de droit public en Nouvelle-Calédonie est donc largement validé par le Conseil constitutionnel. Néanmoins, malgré les garde-fous juridiques, notamment ceux de la nouvelle procédure de recrutement prévu pour les CDI, les risques sont loin d'être insignifiants. Comme note Didier Jean-Pierre, à propos du cas métropolitain :

L'on sait qu'en la matière le décalage peut être grand, voire abyssal, entre les exigences du droit et la pratique. Le développement du primo-recrutement en CDI ne manquera pas irrémédiablement de ressembler à celui du secteur privé avec envoi d'un CV et entretien d'embauche, ce qui va exposer les employeurs publics à des risques accrus de plaintes et de recours notamment en matière de discriminations. [...] Avec l'extension de ce type de recrutement, on mesure la frustration de ceux qui auront consacré beaucoup d'énergie à réussir les concours d'accès à la fonction publique.¹¹⁷

¹¹⁶ Sur cette notion, voir Mathieu Carniama, *La préférence locale en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit constitutionnel, 2023.

¹¹⁷ Didier Jean-Pierre, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration d'un dualisme statutaire dans la fonction publique », préc.

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 travaillistes, 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

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.

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.

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).

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.

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 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 la 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

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.

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 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

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 CSCT-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.

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).

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

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.

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 pour réglementer 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

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

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.

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.

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

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).

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.

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.

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

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*.

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.

« 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 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 substitueraient 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.

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 : OCEF, IEOM, - IRD, Institut Pasteur, OPT, CCI-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.

Pour un changement de modèle de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie

Mathias Chauchat,

Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje

La modernisation de la fonction publique est avancée comme un concept nouveau, sous l'impulsion des mouvements d'idée néo-libéraux. Les années 1990 ont vu la diffusion dans la plupart des pays de l'OCDE du concept de *New Public Management*, un nouveau modèle de gestion de l'action publique. Celui-ci repose sur l'idée que l'administration devrait s'inspirer des règles managériales propres au secteur privé afin d'améliorer son efficacité. À l'origine de ce mouvement, le constat de la faillite d'un modèle de bureaucratie trop rigide et centralisé. L'administration souffre d'un manque d'agilité, de rapidité et d'adaptation au regard des enjeux auxquels elle est confrontée: maîtrise des dépenses publiques, exigences accrues des citoyens, baisse d'attractivité du secteur public¹... Ces enjeux se retrouvent encore dans le programme « Action publique 2022 », lancé par le Premier ministre le 13 octobre 2017².

Ce modernisme allégué doit être fortement nuancé. Ces préoccupations sont aussi anciennes que la fonction publique elle-même. Déjà l'arrêt du Conseil d'État du 7 août 1909 Winkell en témoigne. Des centaines de postiers, alors fonctionnaires publics de La Poste, s'étaient coalisés pour se mettre en grève; le gouvernement va les révoquer sans observer la formalité de la communication préalable du dossier et le Conseil d'État va pourtant le justifier. On trouve deux idées à la source même du raisonnement du Conseil d'État. La première est « qu'en se mettant en grève, les agents, préposés au service public, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de service public qui les lie à l'administration »³. La seconde, plus contemporaine, est la continuité des services publics: « par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale »⁴. Pour reprendre les mots de Maurice Hauriou, dans l'esprit de l'époque, « la coalition et la grève ne sont pas seulement la rupture d'un contrat de travail; elles ne constituent pas seulement [...] des actes illicites; elles sont une rupture de la paix sociale, de cette paix fondamentale qui repose sur le principe, que nul ne se fait justice soi-même »⁵.

Pourquoi ce rappel? Parce que l'idée du « contrat de service public », par opposition au statut et à la position statutaire et réglementaire des fonctionnaires, a été un long débat. Le statut l'a emporté depuis sur le contrat et les néo-libéraux rêvent aujourd'hui d'une « fonction publique

1 Institut Montaigne, <https://www.institutmontaigne.org/blog/vu-dailleurs-la-fonction-publique-lepreuve-des-reformes>

2 Le programme « Action Publique 2022 » <https://www.modernisation.gouv.fr/action-publique-2022/comprendre/lancement-du-programme-action-publique-2022>; on peut aussi se reporter au *Livre blanc de la fonction publique* rédigé par le Conseiller d'État Jean-Ludovic Silicani en 2008 à la demande d'Éric Worth, ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/084000231.pdf>

3 Conseil d'État, n° 37317 du 7 août 1909, Winkell, commenté par Maurice Hauriou, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/04/02/revocation-de-fonctionnaires-publics-se-mettant-en- greve-et-communication-prealable-du-dossier/>

4 *Idem*.

5 *Idem*.

déstatuifiée »⁶. Ce débat théorique est d'autant plus étonnant que le recours aux contractuels non statutaires est un moyen massif de mobilisation des ressources humaines dans l'administration, même si on feint de lui donner un caractère exceptionnel⁷. Suivant l'art. 3 de la loi n° 1983 modifiée, aujourd'hui intégrée dans le code général de la fonction publique et qui forme le titre I de leur statut général: « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif [...] sont occupés [...] par des fonctionnaires régis par le présent titre [...] ». Cette disposition peut être lue également comme permettant, quand bien même le législateur reste libre d'en décider, le recours au contrat de travail. Or c'est bien ce qui s'est passé. Les statuts et les contrats coexistent dans l'administration, avec des inégalités souvent fortes pour un même travail. Il y a ainsi 10 000 fonctionnaires territoriaux (dont 1 000 communaux) pour 13 000 agents contractuels en Nouvelle-Calédonie⁸...

Ce débat entre contrat et statut déchire aussi la Nouvelle-Calédonie. Le point culminant récent a eu lieu devant le Conseil constitutionnel en 2011. L'article Lp 311-2 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie excluait l'État, la Nouvelle-Calédonie, ses provinces et ses communes de titres entiers du code pour leurs contractuels, sans préciser ce qu'on mettrait à la place. Le Conseil constitutionnel a été saisi à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité de cette différence de traitement entre salariés du public et salariés du privé au regard des principes constitutionnels de la liberté syndicale ou de la participation des travailleurs et il avait déclaré cet article Lp 311-2 contraire à la Constitution: ou les non titulaires revenaient pour la totalité de leur régime au droit du travail, ou ils relèveraient d'un quasi-statut à préciser. Poussées par leur tropisme naturel, les institutions de la Nouvelle-Calédonie ont vite pensé que les agents non titulaires devraient être régis par un quasi-statut issu d'une délibération du Congrès. Et c'est ainsi qu'un projet de loi du pays relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie, plus précisément sur le régime applicable aux agents contractuels de la fonction publique⁹, a fini par arriver en séance du Congrès le 13 janvier 2021. La loi du pays leur octroie un quasi-statut, mais laisse les agents contractuels soumis aux dispositions du code du travail pour le droit de grève, la santé et la sécurité du travail, le temps de travail et le chômage¹⁰. Un amendement de L'Avenir en confiance, voté par l'Union calédonienne, va réveiller le débat: il ouvre la possibilité de recruter un contractuel, en lui proposant un CDI, à condition que celui-ci détienne déjà un tel contrat pour des fonctions similaires dans une autre entité ou après 3 CDD au même poste¹¹. Cette nouveauté ne provient pas d'une profonde réflexion stratégique, mais est une réponse à la fermeture de la Maison d'Insertion Jeune (MIJ), une partie des 45 salariés de l'association devant intégrer la collectivité prochainement. Cela n'a pas empêché les syndicats de protester, l'UNI de demander une seconde lecture¹² et le parti Calédonie ensemble de déclarer déposer « une contribution extérieure » devant le Conseil constitutionnel pour

6 Boris Barraud, revoir l'ordre nom/prénom... « Du statut au contrat – Vers une fonction publique “déstatuifiée” ? », in Charles Fortier (dir.), *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 159.

7 On peut se reporter aux lois visant à la résorption de l'emploi précaire dans les fonctions publiques; pour la Nouvelle-Calédonie, voir la loi du pays n° 2016-18 du 19 décembre 2016 ayant cet objet.

8 Dunoyer Philippe, député, *Les Nouvelles calédoniennes*, 13 janvier 2021, <https://www.lnc.nc/article/nouvelle-caledonie/politique/les-statuts-des-fonctionnaires-locaux-fusionnent-dans-la-douleur>

9 Sur le rapport du gouvernement n° 3040-39/GNC/SG2019 du 26 février 2019.

10 Dispositions transitoires, art. 144.

11 Selon Sonia Backès, présidente de la province Sud, seulement « 14 CDI ont été conclus en 2019 et 2020, sur 2 481 agents » in *Les Nouvelles calédoniennes*, 19 janvier 2021, <https://www.lnc.nc/article/nouvelle-caledonie/politique/fonction-publique-caledonienne-un-nouveau-dispositif-de-depart>

12 La loi du pays peut être déférée au Conseil constitutionnel par 18 membres du Congrès après une seconde lecture demandée par 11 membres (art. LO 104; le groupe UNI compte 12 sièges et Calédonie ensemble, 6 sièges).

non-respect du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics et règles relatives à la priorité de l'emploi local, au cas où la loi du pays votée, après une seconde lecture, serait déferée.

Pourtant la question était l'occasion d'un débat de fond à mener. Puisqu'il n'est mené nulle part dans les institutions, c'est l'occasion de l'ouvrir ici.

Beaucoup a été fait ailleurs. Bien peu en France comme ici.

I. DES EXEMPLES ÉTRANGERS, SOURCE D'INSPIRATION

Le constat avait été fait de manière lapidaire par Boris Barraud, chercheur à l'université d'Artois :

*Rare parmi les démocraties occidentales, la logique française du statut assure à ceux qui en bénéficient des droits importants et enviables, spécialement en comparaison de ceux des travailleurs du secteur privé. La contrepartie à ce protectionnisme social est, elle, désormais bien connue : le manque de souplesse et d'adaptabilité cohabite avec un égalitarisme des traitements et une promotion à l'ancienneté qui brident largement le recours aux critères du mérite ou de la performance.*¹³

La France est toute première au classement mondial de la dépense publique avec 32 % de son PIB qui y est consacré contre 19,9 % du PIB monde, sans que ses performances soient éblouissantes ; la France est aujourd'hui 26^e en termes de niveau de vie (indice du développement humain)¹⁴, alors qu'elle était 6^e il y a 40 ans, 23^e au classement PISA¹⁵ sur l'éducation qui évalue les compétences de 600 000 élèves de 15 ans sur trois domaines (compréhension de l'écrit, culture mathématique et culture scientifique), et l'efficacité de ses services publics y est sans cesse contestée.

Il y a une trentaine d'années, au nom de l'efficience, le *New Public Management* recommandait d'introduire au sein des structures bureaucratiques du secteur public des principes inspirés du secteur privé. Cette mode s'est diffusée à partir du Royaume-Uni et des États-Unis en modifiant les structures et le fonctionnement des administrations publiques. Cette nouvelle gestion publique se caractérisait par une séparation de la prise de décision stratégique relevant du pouvoir politique de la gestion opérationnelle attribuée à l'administration ; cette gestion opérationnelle serait assurée par des agences autonomes et responsables ; l'allocation des ressources se ferait en fonction des produits et services à délivrer comme dans la relation d'un fournisseur avec des clients plutôt qu'en fonction de règles ou procédures, et l'ensemble se situerait dans une logique de marché ouvert pour l'offre de biens et services d'intérêt général ; enfin, et c'est le point qui nous importe particulièrement ici, le statut de fonctionnaire serait abandonné au profit de la contractualisation et on substituerait à l'avancement des agents à l'ancienneté une rémunération au mérite¹⁶. Inutile de dire que la France ou la Nouvelle-Calédonie, petite France du Pacifique, se situent à des années-lumière de cette modernité-là...

On s'intéressera à deux expériences parmi d'autres qui pourraient être pour nous une source d'inspiration : l'Italie et, surtout, la Nouvelle-Zélande, d'ailleurs rejointe par l'Australie¹⁷, qui est dans notre zone géographique Pacifique.

13 Boris Barraud, « Du statut au contrat – Vers une fonction publique “déstatuée” ? », *art. cit.*, p. 171.

14 JDN, 2020, <https://www.journaldunet.fr/patrimoine/guide-des-finances-personnelles/1170004-classement-idh-2020/>

15 L'Internaute PISA (Programme international pour le suivi des acquis des élèves), 2019, <https://www.linternaute.com/actualite/education/1310839-pisa-2022-le-dernier-classement-et-les-resultats-de-la-france-mis-en-perspective/>; Le Donné Noémie, « Comparer les résultats des systèmes éducatifs nationaux : les défis méthodologiques des enquêtes PISA », 2013 halshs-00877566

16 Yves Chappoz, Pierre-Charles Pupion, « Le New Public Management, Gestion et management public », 2012/2 (Volume 1/n° 2), p. 1-3. DOI: 10.3917/gmp.002.0001. URL: <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-management-public-2012-2-page-1.htm>

17 Richard Shaw, « La nouvelle gestion publique en Australie : passé, présent et futur », *Pouvoirs*, 2012/2 (n° 141), p. 117-132. DOI: 10.3917/pouv.141.0117. URL: <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-2-page-117.htm>

1. La Nouvelle-Zélande, le pays du pollen libéral

La rencontre avec la Nouvelle-Zélande a été décrite dans un ouvrage de 2012 au titre lapidaire : « *État de choc, un pays sans fonctionnaires* »¹⁸. L'auteur est un membre du Conseil d'État français, Xavier de Lesquen, qui a dirigé les « Défis français en Nouvelle-Zélande » lors de 3 éditions de l'America's Cup ! Il y décrit sa rencontre de haut fonctionnaire français avec un pays dont l'administration est légère, responsable et efficace ! Il narre ainsi sa rencontre avec l'école de ses enfants :

L'école publique néo-zélandaise ressemble à une ruche furieuse faisant son miel du pollen libéral. Le principe d'autonomie est poussé à son extrême limite. Dans chaque école, sous l'autorité du « Board of Trustees » (composé de parents d'élèves et de volontaires locaux élus, du Principal et d'un représentant du personnel), le Principal gère le fonctionnement de son établissement : recrutement, pédagogie, budget, entretien, investissements... Chaque école dispose d'un champ de liberté impensable qui va de la possibilité d'imposer l'uniforme à l'adaptation des programmes scolaires. Le projet éducatif est défini par une charte de l'école. Les familles sont libres du choix de leur école. En bon français, on appelle toutes ces libertés « privatisation de l'école », mais les mots sont traîtres. En Nouvelle-Zélande, cette école libre est l'école publique et gratuite.¹⁹

Comment les Néo-zélandais en sont-ils arrivés là ?

a. Pour les comprendre, il faut se remettre dans le contexte général. La Nouvelle-Zélande, annexée à la Couronne en 1840, relève d'une forte influence anglaise. Le culte du « tout État » y a ainsi longtemps prospéré. L'État providence a été instauré par les travaillistes au sortir de la crise de 1929. Rappelé au pouvoir en 1949, le parti national l'a conservé et a mené plutôt des politiques dépensières et protectionnistes pendant les Trente Glorieuses. L'ébranlement va être l'entrée de la Grande-Bretagne dans le Marché commun (1972)²⁰. Il provoque une forte contraction du débouché essentiel des exportations agricoles et emporte l'explosion de la dette et des déficits. En 1984, l'endettement extérieur représente presque l'équivalent d'une année de production (il était dix fois moindre en 1974), le déficit du budget de l'État avoisine 6,5 % et celui de la balance des paiements approche 9 % du PIB. Le taux de chômage grimpe à 4,2 % en juin 1984, pourcentage très élevé pour l'époque, alors qu'il n'était que de 1,7 % en mars 1980. En 1984, la monnaie devient inconvertible. La faillite est proche et des réformes sont menées au pas de charge, paradoxalement par les travaillistes.

Le changement de cap économique est inspiré par Roger Douglas, ministre des Finances de 1984 à 1988 sous le gouvernement de David Lange. L'effort sera poursuivi par le Parti national à partir de 1990. Les mesures qu'il met en œuvre, les *Rogernomics*, comme les qualifient habituellement les Néo-zélandais, s'orientent autour de trois axes principaux : la réforme des modes de régulation macro-économique ; la réforme des politiques agricoles ; la réforme des entreprises publiques et de l'administration. Le dollar néo-zélandais est dévalué de 20 %, ce qui met fin à la crise des changes. Le protectionnisme disparaît avec sa litane de taxes au profit d'une GST (*Goods and services tax*) au taux uniforme de 10 %. Le taux marginal de l'impôt sur le revenu des personnes physiques passe de 66 à 33 %. Les finances publiques et sociales sont remises à l'équilibre par une profonde réorganisation. L'âge de la retraite passe en 10 ans de 60 à 65 ans et le système de santé national est totalement chamboulé : les hôpitaux sont transformés en « entreprises de santé ». L'État passe des contrats d'achat de services médicaux soit aux hôpitaux publics soit aux prestataires du secteur privé. Le nouveau dispositif incite les hôpitaux publics à adopter une discipline de nature commerciale et une grande rigueur de gestion, car les payeurs

18 Xavier de Lesquen, *État de choc, un pays sans fonctionnaires*, Editea, 2012.

19 *Ibid.* p. 183.

20 On se reportera notamment au rapport du groupe interparlementaire d'amitié du Sénat de janvier 1998, consacré principalement à la politique économique néo-zélandaise, <https://www.senat.fr/ga/ga-027/ga-0270.html>

peuvent désormais choisir d'affecter leurs dotations aux cliniques privées, s'ils les estiment plus compétitives.

L'administration est profondément réformée: s'inspirant du *New Public Management*, le gouvernement, qui conserve les fonctions régaliennes, est pour le reste considéré comme un propriétaire d'actifs et un acquéreur de services. En tant que propriétaire, il doit s'assurer du maintien de la valeur de ses biens, tandis qu'en tant qu'acheteur, il exige des services efficaces et assurés au moindre coût²¹. Les entreprises d'État sont privatisées et il n'existe plus de monopoles publics. Les collectivités locales (régions, districts en zone rurale ou conseils municipaux dans les grandes villes) sont ramenées de 625 à 86! Les organismes publics et les services administratifs sont restructurés afin d'établir une distinction entre stratégie qui relève des ministères et les *Crown Entities*²², administrations ou agences en charge des fonctions opérationnelles qui fournissent des prestations de services en concurrence avec le secteur privé. Les ministères sont devenus faméliques au sens français et se concentrent sur l'animation politique, les commandes de prestations et l'évaluation. Les *Crown Entities* relèvent d'un conseil d'administration (*Board*) et les « directeurs » (*Chief Executive*) sont nommés par le *Board* en vertu d'un contrat de cinq ans²³, avec une grande autonomie de gestion²⁴. Ceux-ci, en échange d'une liberté d'action très réelle, engagent leur responsabilité personnelle, conformément à un accord de performance préalablement établi²⁵. Ainsi, le système se boucle et est équilibré: liberté accrue de gestion et de management contre responsabilité personnelle sur des objectifs et un « rendu de compte » négocié et librement accepté.

b. Après la mise en concurrence des services, la Nouvelle-Zélande a introduit une mise en concurrence sur les emplois²⁶. Les emplois supérieurs du secteur public (*Chief Executives*) ont été ouverts à la concurrence du secteur privé. Chaque poste de direction vacant fait l'objet d'un appel à candidature qui examine tous les candidats quelle que soit leur origine, publique ou privée. Les fonctionnaires n'ont donc plus de priorité d'embauche et nous sommes aux antipodes du système français avec ses listes de priorité aux fonctionnaires et rapprochement de conjoints... Chaque *Chief Executive* ainsi recruté signe son « contrat de performances ». Cette relation bilatérale est encadrée par la *Public Service Commission*²⁷, service qui donne son avis sur chaque contrat dont il reçoit copie, et dont il discute avec le ministre concerné. La commission établit un contrat-cadre et veille au maintien d'une cohérence globale des dispositifs. Le caractère bilatéral des relations contractuelles reste cependant encadré: ainsi, une charte de l'employeur public a été édictée par la *Public Service Commission* afin de garantir le respect de nombreux objectifs comme l'impartialité dans le recrutement et les rémunérations, les promotions, la sécurité des conditions de travail, la reconnaissance de la minorité maorie, la parité hommes/femmes, etc. La rémunération et la carrière des *Chief Executives*, qui sont environ 50, restent

21 Richard Norman, « Entre finalités de service public et production mesurable: la redéfinition de la "valeur publique" dans le modèle néo-zélandais d'administration », *Revue française d'administration publique*, 2007, 3, n° 123, p. 323-335. DOI: 10.3917/rfap.123.0323. URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2007-3-page-323.htm>

22 *Crown Entities Act, Public Act 21, December 2004*, n° 115 <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0115/latest/DLM329631.html>

23 La durée des contrats est de 5 années. Ils sont renouvelables, art. 117.

24 *Ibid.*, art 117.

25 L'intitulé du contrat passé entre le ministre et chacun de ses *Chief Executives* – *Performance Agreement*, accord de performance – est révélateur.

26 On se reportera notamment au rapport sénatorial d'information n° 348 du 31 mai 2001 de Gérard Braun, « Étude comparative portant sur la réforme de l'État à l'étranger », <https://www.senat.fr/rap/r00-348/r00-34811.html>

27 Le nom précis est *Te Kawa Mataaho Public Service Commission* et elle succède à la *State Commission* (2020). *The Public Service Commissioner is appointed by the Governor-General on the recommendation of the Prime Minister.*

sous l'autorité de la *Commission* qui a vocation à leur procurer de nouvelles opportunités afin qu'ils puissent poursuivre leur carrière au sein de l'administration en fonction des résultats obtenus. Le ministre peut décider de rétribuer ses collaborateurs au-delà de la proposition de la *Commission*, par un *Political Appointment* qui doit simplement être notifié à la *Commission*.

La réforme du management a été complétée en 1991 par l'*Employment Contracts Act*. Cette loi n'abolit pas le statut de la fonction publique, mais permet individuellement à chaque fonctionnaire de renoncer à son statut pour choisir une contractualisation de type droit privé avec un contrat basé sur des objectifs et une évaluation de sa performance. Ce contrat autorise alors une rémunération en fonction des performances : il se traduit par une majoration salariale pour l'agent qui renonce en contrepartie à la garantie de l'emploi et accepte de relever du droit du travail. La neutralité budgétaire de cette mesure est assurée par la globalisation des crédits de personnel et de fonctionnement. La liberté de recrutement est laissée à la seule discrétion du responsable du service. En contrepartie, la mise sous enveloppe globale et contrainte le conduit à rechercher l'optimisation de ses moyens de production en fonction de ses objectifs contractuels, y compris par ajustement de la masse salariale. Le contrat individuel remporte moins de succès chez les agents d'exécution, alors que les directions ou la *Public service Commission* sont très majoritairement composées de cadres contractualisés.

En dix ans, de 1987 à 1997, les effectifs de la fonction publique ont baissé de 45 %. Le secteur public représente 12,7 % de la population active en Nouvelle-Zélande contre 21,6 % en France²⁸. Les résultats économiques sont stupéfiants en termes de croissance, de dépense publique et de qualité de vie²⁹. Pour résumer, la réforme néo-zélandaise entre 1984 et 1992 se caractérise par son ampleur, son caractère radical sur une courte période de temps et par une exceptionnelle cohérence intellectuelle³⁰.

L'autre exemple retenu est celui de l'Italie pour faire passer le message que même des vieux États rigides et ossifiés peuvent s'y mettre...

2. L'Italie, le pays des « privatisations »

L'image des employés de l'administration italienne a longtemps été caractérisée par un stéréotype d'inefficacité, d'excès de bureaucratie et de mauvaises performances. Devant la dégradation des comptes publics, des réformes ambitieuses ont été menées, largement présentées, parfois improprement, comme autant de « privatisations »³¹.

a. La première privatisation est due au gouvernement dirigé par Carlo Azeglio Ciampi qui a adopté en 1993, sur délégation du Parlement, un ample dispositif de réformes de la fonction publique. La réforme de 1993 doit beaucoup à l'ancien ministre de la fonction publique Sabino Cassese, un professeur de droit administratif à profil plutôt de technicien. Sa réforme consistait à opérer une séparation entre sphère politique et sphère administrative, dotant les responsables de services d'une plus grande autonomie en contrepartie d'une évaluation régulière de leurs résultats. Elle consistait également à étendre aux fonctionnaires l'application des dispositions du droit du travail, ce qui impliquait la compétence du juge judiciaire en cas de litige avec

28 Xavier de Lesquen, *op. cit.*, p. 131.

29 On peut se reporter aux « Études économiques de l'OCDE », Nouvelle-Zélande, juin 2019, synthèse, https://issuu.com/oecd.publishing/docs/new_zealand_synthese_2019

30 Christian Dufour, *Observatoire de l'administration publique ENAP*, Coup d'œil, octobre 1999, volume V, n° 3, « La réforme néo-zélandaise, éléments de bilan », p. 4, https://cerberus.enap.ca/Observatoire/docs/Coup_oeil/1999-oct-vol5no3.pdf

31 On se reportera notamment à Edoardo Ongaro et Nicolas Bellé, « La réforme de la fonction publique et l'introduction de la rémunération liée aux performances en Italie », *Revue française d'administration publique* n° 132, 2009-4, p. 817 et suivantes.

l'administration. Ce qu'on appelle la première privatisation laissait de côté certaines catégories d'employés de l'État, les dirigeants généraux, les juges, les procureurs, le personnel militaire, la police, les diplomates et les préfets.

Les administrations publiques ont été regroupées en 12 secteurs³². Pour chaque secteur, deux conventions collectives de travail sont négociées au niveau national, une pour le personnel de direction et une pour le personnel non-dirigeant. C'est une agence pour les administrations publiques et non directement le gouvernement qui représente l'employeur dans les négociations collectives pour l'ensemble des agents publics. Ces conventions fixent les règles générales de l'emploi public, telles que le nombre de catégories et de grades, la structure des rémunérations pour chaque grade et les procédures de négociation. Sur la base de conventions nationales, chaque administration négocie séparément pour le personnel de direction et pour les non-dirigeants des conventions collectives d'intégration avec les syndicats locaux. Il résulte de cette première privatisation que la plupart des cadres de l'administration ne sont plus nommés par des actes de droit administratif, mais font l'objet de procédures d'embauche semblables à celles du privé.

b. La seconde privatisation est menée par le gouvernement de centre-gauche dirigé par Romano Prodi en 1997; le ministre de l'administration publique, Franco Bassanini, y a joué un rôle prééminent. Lui était professeur de droit constitutionnel (et membre du parti démocrate). La loi Bassanini a reconnu le principe de subsidiarité, définissant un noyau dur des compétences relevant des prérogatives de l'État, tandis que les autres compétences ont été transférées aux régions et collectivités territoriales. Le droit du travail a encore été étendu aux cadres généraux de l'État pour forcer à la mobilité (mais restent en dehors du droit privé les juges, les procureurs, les militaires, la police, les diplomates et les préfets, soit 15 % des effectifs). La seconde privatisation a rendu temporaires toutes les missions de direction. Auparavant, les postes de direction étaient occupés pour une durée indéterminée, c'est-à-dire à vie. La réforme a établi que tout poste de gestion devait être occupé soit par un fonctionnaire titulaire s'y voyant affecté à titre temporaire, soit par un cadre non titulaire engagé pour un contrat à durée déterminée. Dorénavant, ils peuvent se voir réaffectés périodiquement à différents postes de direction, en fonction de leurs compétences et de leurs performances antérieures.

c. La troisième privatisation date du début des années 2000 avec le gouvernement de centre-droit de Silvio Berlusconi. Il s'agissait essentiellement d'introduire un système de « dépouilles » en cas d'alternance. Le système des dépouilles (*spoils system*) est un principe selon lequel un nouveau gouvernement, devant pouvoir compter sur la loyauté partisane des fonctionnaires, substitue des fidèles à ceux qui sont en place. Les nominations des plus hauts dirigeants prennent fin automatiquement 3 mois après l'investiture du nouveau gouvernement et la loi a augmenté le nombre de postes pouvant être pourvu par des non titulaires (avec un plafond à 10 %).

d. La quatrième privatisation en 2009, surnommée « réforme Brunetta » du nom du ministre de l'Administration publique et de l'innovation du gouvernement Berlusconi (Renato Brunetta était professeur de sciences économiques), vise à accroître la responsabilisation des agents publics en redéfinissant les contrôles dont ils font l'objet. Une « commission indépendante pour l'évaluation, la transparence et l'intégrité des administrations publiques » est instituée. Son nom est tout un programme et elle encourage aussi la productivité. La réforme vise d'ailleurs à inciter les administrations à augmenter leurs performances grâce à des récompenses au mérite. Chaque année, la commission classe les administrations de l'État, par secteur et performances. Les financements de l'État dépendront de ces classements sectoriels fondés sur des critères définis par voie de négociations collectives. L'unité indépendante d'évaluation de chaque organisme

32 Quinze ans après, l'Italie revenait à 2 secteurs, *ibid.*, p. 826.

sera de même chargée du classement des employés suivant différents niveaux de performance. Jusqu'à 20 % des économies réalisées par la réduction des effectifs peuvent être redistribués aux employés directement concernés. La réforme vise à relier les performances à l'avancement professionnel: être performant pendant 3 années consécutives – ou 5 ans au total – donne une priorité pour les promotions. À côté des incitations, la réforme introduit des mesures plus sévères (telles que la rétrogradation et des cas de responsabilité pénale) pour décourager l'absentéisme et pour sanctionner le manque flagrant de zèle. La réforme Brunetta accorde enfin une autonomie plus grande aux cadres en matière de gestion des ressources humaines et de micro-organisation. Une part de leur rémunération, qui ne pourra être inférieure à 30 %, dépendra de leur performance.

Ces réformes ont cependant eu un impact limité, de nombreux décrets d'application étant toujours attendus pour la bonne mise en œuvre des lois successives et l'inertie des relations sociales est restée considérable. La loi Madia, de Marianna Madia, ministre de l'Administration publique du gouvernement Renzi en 2015, montre que le travail n'est pas achevé³³. Pour que les réformes marchent, il faut l'adhésion sincère du corps social. Le bilan est quand même positif: la nomination directe des hauts fonctionnaires de la fonction publique, à la suite du vote de confiance en faveur d'un nouveau gouvernement, représente un lien naturel entre les gouvernements qui se succèdent au pouvoir et à l'administration, dans un contexte caractérisé par une gestion administrative plus autonome et dotée d'importants pouvoirs de décision. La possibilité de nommer des personnes n'étant pas fonctionnaires de carrière à des postes de direction est aussi une manière d'introduire les compétences et l'expertise nécessaires pour la modernisation du secteur public; la confirmation ou la non-reconduction d'un gestionnaire, sur la base d'une évaluation de ses performances à l'issue de son passage dans l'administration, est un moyen de faire pression en vue d'arriver à une plus grande efficacité du secteur public. Le droit privé permet de limiter l'exceptionnalité des statuts et il rapproche les deux branches de l'emploi, le secteur protégé et le secteur exposé.

Avec ces deux exemples parmi d'autres – on aurait pu parler de la Suède, du Canada ou de l'Australie – la feuille de route est tracée. En France, la consanguinité entre les élites politiques et administratives est sans doute un frein irrésistible au changement. La Nouvelle-Calédonie est un petit pays. Il suffirait de vouloir s'inspirer d'un pays qui marche, la Nouvelle-Zélande, plutôt que d'un pays qui ne marche pas, la France. Il faut donc renverser complètement la perspective.

II. LES RÉFORMES À INTRODUIRE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Pour réformer la fonction publique, il faut aussi réformer son environnement administratif. Le *New public Management* proposait de substituer aux administrations hiérarchiques des agences responsables et autonomes et de « déstatufier » la fonction publique. Si l'on croit au seul vocabulaire, nous y serions déjà. Le mot s'est diffusé en France et de très nombreuses agences existent. Même en Nouvelle-Calédonie, le mot fait « moderne »: on dispose ainsi de l'Agence calédonienne de l'énergie, l'Agence pour la desserte aérienne, l'Agence de développement de la culture kanak, l'Agence rurale, l'Agence pour le remboursement des taxes à l'importation, l'Agence sanitaire et sociale et le gouvernement envisageait de créer une Agence pour le financement des déficits cumulés du Régime Unifié d'Assurance Maladie Maternité (RUAMM)... Mais en France comme en Nouvelle-Calédonie, ces agences s'ajoutent souvent sans se substituer aux administrations d'origine et elles travaillent dans un contexte réglementaire très détaillé

³³ Giacomo Roma, « Sur la loi Madia du 7 août 2015 en matière de réorganisation des administrations publiques italiennes », *Revue générale du droit*, 2015, numéro 22508, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/08/30/sur-la-loi-madia-du-7-aout-2015-en-matiere-de-reorganisation-des-administrations-publiques-italiennes/>

qui les prive d'une autonomie réelle. Elles n'ont en définitive ni vrai pouvoir sur leurs dépenses, ni vrai pouvoir sur leurs recettes, ni vrai pouvoir sur leurs personnels qui relèvent de statuts. C'est pourquoi l'inspection générale des finances en France, dès 2012, s'était montrée méfiante :

[...] la constitution d'agences se traduit mécaniquement par une augmentation des coûts de structures des politiques publiques, en particulier lorsque celles-ci sont dotées de la personnalité morale. Ces surcoûts, qui peuvent être la contrepartie d'une meilleure qualité de service public, sont constitués de coûts de tutelle, de coûts de démutualisation et des augmentations d'effectifs.³⁴

Pourtant agencification et déstatufication seraient des réformes à mener ici.

1. L'agencification

Le Conseil d'État avait retenu « les agences » comme thème de son étude annuelle pour 2012³⁵. Si l'on suit sa pensée, la France serait en avance sur son temps. On retrouverait le concept des fameuses « administrations de mission, adaptées à un problème, un temps et un lieu », selon l'expression d'Edgard Pisani³⁶.

Il est difficile de définir les agences³⁷. Le Conseil d'État y inclut les établissements publics administratifs, les établissements publics industriels ou commerciaux, ou même des sociétés ou des associations. Les appréhender est d'autant plus compliqué qu'on a ajouté dans le paysage administratif les « autorités administratives indépendantes » et des organismes paritaires, souvent sociaux, la CAFAT Caisse d'Allocations Familiales et des Accidents du Travail, par exemple, en Nouvelle-Calédonie. Selon Jean-Marc Sauvé, ancien vice-président du Conseil d'État :

[...] une autorité administrative indépendante n'est pas une agence, car l'agence n'est pas indépendante, mais simplement autonome. L'agence apparaît ainsi, dans une acception positive, comme un organisme autonome qui exerce une responsabilité structurante dans la mise en œuvre d'une politique nationale. Autonome, car elle n'est ni indépendante, ni inscrite dans le schéma hiérarchique traditionnel de l'administration.³⁸

De leur côté, les organismes paritaires ne devraient pas pouvoir être qualifiés d'agences de l'État³⁹, ni par leur financement ni par la composition de leurs conseils d'administration. Pourtant, toute leur histoire n'est qu'un renforcement de l'emprise de l'État (financement par l'impôt et décisions unilatérales sur les droits sociaux qui mettent à mal l'autonomie des caisses). Ces organismes ne sont toujours pas qualifiés d'agences, mais ils sont de plus en plus des exécutants forcés de décisions prises par d'autres. Bref, c'est le désordre.

Qu'est ce qui fait que « l'agencification » est souvent vécue négativement en France ? Il n'existe pas de loi générale qui organise les établissements publics ou agences à la manière de la loi néo-zélandaise. La longue stratification jurisprudentielle est complexe et parfois si peu opérationnelle que ni les gestionnaires ni les étudiants ne savent si le droit applicable est du droit privé ou du droit public. La loi ou le décret de création qualifie rarement la nature des missions et ces qualifications sont rares et trompeuses... Par contre, ces institutions sont soumises à des myriades de contrôles de tutelle et coexistent toujours avec les anciennes administrations

34 Thierry Wahl (dir.), « Rapport de l'Inspection générale des finances », *L'État et ses agences*, n° 2011-M-044-01, 2012.

35 Conseil d'État, *Les agences, une nouvelle gestion publique ?*, La Documentation française, Étude annuelle, 2012.

36 Edgar Pisani, « Administration de mission, administration de gestion », *Revue française de science politique*, 1956, 6-2, p. 315-330.

37 Fanny Grabias, « L'agence », RDP, 2021, p. 1481.

38 Introduction de Jean-Marc Sauvé, « Les agences, une nouvelle gestion publique ? » lors du colloque organisé par le Conseil d'État le 19 octobre 2012.

39 Conseil d'État, *Les agences, une nouvelle gestion publique ?*, 2012, *op.cit.*, p. 53 et suivantes.

verticales, à commencer par les préfets⁴⁰. La France s'est en effet construite sur une logique territoriale déconcentrée que le modèle des agences met à mal. Le préfet ne dispose pas de pouvoir hiérarchique sur les agences qui apparaissent ainsi comme une « recentralisation ». Mais surtout, la caractéristique française est le caractère minutieux et détaillé de la législation et de la réglementation applicables aux agences. Chaque secteur est si réglementé, tant de « droits à » ont été définis sans qu'on s'inquiète de leur soutenabilité financière, que le gestionnaire n'a plus pouvoir sur rien. On dit souvent du président du conseil d'administration qu'il est le pilote de l'avion, mais il n'a le contrôle sur aucune des gouvernes ! Quant au personnel, il relève de statuts nationaux le plus souvent, qui font de la gestion des ressources humaines une tâche surhumaine. Pourtant dans l'absolu, le rôle des agences peut aller jusqu'à la définition de la norme. Le Conseil constitutionnel a admis l'existence de ce pouvoir réglementaire dérogeant à la compétence de droit commun du Premier ministre, à condition que l'habilitation donnée par le législateur « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁴¹.

La Nouvelle-Zélande s'organise à l'inverse. Il existe une loi générale qui organise les *Crown Entities*, les agences, d'une manière rationnelle et uniforme, mais la fixation de leurs objectifs et de leurs orientations est définie de manière concertée avec le ministre dans le cadre de la loi⁴². L'agence adopte une déclaration d'intention qui fixe très précisément le cadre de son action et ses critères d'évaluation, le ministre pouvant y demander des amendements en fonction des objectifs de politique nationale et l'ensemble est adopté par le conseil d'administration. Il devient la bible du conseil d'administration. Et le pays s'efforce de limiter l'inflation législative et réglementaire nationale pour mieux autonomiser et responsabiliser les agences.

Créer des agences en Nouvelle-Calédonie ne suffirait pas ; il faudrait aussi les responsabiliser dans les objectifs à atteindre et les moyens. Si l'objectif défini est le retour à l'équilibre financier dans le cadre des recettes contingentées par la loi, à quoi cela sert-il de créer des droits que les agences concernées ne pourront pas financer ? Si les agences n'ont pas la maîtrise des recettes, elles doivent avoir la maîtrise des dépenses et inversement. Et donc, un fort pouvoir réglementaire pour canaliser la gestion des droits. En Nouvelle-Calédonie comme en France, les agences n'ont traditionnellement ni l'une, ni l'autre...

2. La déstatufication

On en revient là où on a commencé. Le pays, et il est loin d'être seul dans ce cas, est malade de sa fonction publique. Que d'énergie perdue à empêcher la contractualisation, à s'épuiser dans l'écriture des statuts particuliers des corps de fonctionnaires, à tenter d'empêcher l'ouverture et la concurrence dans les processus de recrutement, au nom du mythe égalitaire du concours, puis à chercher à intégrer au statut ceux qui ont quand même été recrutés par contrats. Au fond, la seule justification de toute cette agitation législative et réglementaire est l'emploi à vie.

Deux statuts, l'un pour les fonctionnaires, l'autre pour les salariés, sont pourtant une redoutable source d'inégalités et de division sociale. D'un côté, le secteur protégé, de l'autre, le secteur exposé. On l'a encore constaté dans l'actualité de la Covid comme dans celle des usines. La Nouvelle-Zélande et l'Italie ont montré la voie. Il faut passer au contrat pour tous. Le droit du travail doit s'appliquer largement aux administrations publiques et mettre fin aux rentes que sont les priorités d'emploi des fonctionnaires et les priorités au rapprochement conjugal. On craint souvent la politisation ! Mais, de fait, celle-ci existe et notre fonction publique est une

⁴⁰ *Ibid.* p. 91.

⁴¹ *Ibid.* p. 88.

⁴² *Crown Entities Act, Public Act 21 December 2004* n° 115, *Subpart 2 Reporting obligations*, art. 137 et suivants.

stratification de couches de recrutement où l'on cumule les inconvénients de l'emploi à vie et de la politisation. Les AVP (Avis de Vacance de Postes), publiés par les directeurs d'agence qui constituent leur équipe, doivent être ouverts à tous, sous la seule protection de l'emploi local. La contrepartie est que les postes doivent être ouverts pour des durées limitées, renouvelables, afin d'introduire de la mobilité dans le système administratif. Cela ne doit pas empêcher les CDI dans le cadre du droit du travail, au-delà d'une certaine durée et à l'exception des postes de direction. Ces contrats doivent intégrer, dans des limites fixées par des conventions collectives négociées, des évaluations et des rémunérations au mérite. Le chiffre de 20 % pour les personnels subordonnés et de 30 % pour les cadres de leur part de rémunération variable est un ordre de grandeur. Il faut que celui qui s'investit dans son travail, qui est apprécié, pour ses bonnes relations humaines et son efficacité, en soit récompensé. Il doit l'être aussi par la mobilité et chacun doit pouvoir, à cette occasion, négocier sa rémunération lorsque sa venue est souhaitée dans une administration ou une agence, dans des limites définies par les conventions collectives. Sans doute n'échappera-t-on pas à la « clause du grand-père » ! Beaucoup de pays y ont eu recours. La clause du grand-père est une clause d'antériorité ou une disposition de maintien des droits acquis. Elle autorise, lors du vote d'une nouvelle loi, à maintenir leurs statuts à ceux qui en bénéficiaient déjà. L'expression est devenue populaire dans l'affaire de la réforme des retraites. Mais bien entendu, si le législateur la retenait, il faudrait encourager les fonctionnaires à accepter le détachement sur les nouveaux postes de contractuels en contrepartie de la mobilité, d'une promotion ou d'une rémunération accrue.

On rétorque alors que les patrons se plaignent de la complexité et de la technicité du droit du travail, qui ne peut être une réelle alternative ! La Nouvelle-Calédonie a en effet adopté son code du travail en 2008, mais elle l'a fait par copié-collé de la métropole, l'un des pays les moins *business-friendly* du monde. Notre code calédonien fait ainsi plus de 500 pages, souvent 10 fois celui des pays anglo-saxons⁴³. Robert Badinter, ancien président du Conseil constitutionnel, et Antoine Lyon-Caen, professeur à Paris, avaient déjà réagi ensemble dans un ouvrage de 2015 intitulé *Le travail et la loi*⁴⁴. Ils proposaient un code rédigé du travail contenant les dispositions législatives essentielles en seulement 50 pages, ce code responsabiliserait le juge et les partenaires sociaux, ce qui est très rare dans la conception française, bref un code moderne et ouvert sur le monde. La Calédonie aurait pu s'en inspirer, ainsi que de l'*Employment Act* néo-zélandais. Elle le pourrait encore.

J'emprunterai ma conclusion à celle du professeur d'économie, François Facchini, parue dans un article récent de l'Institut économique Molinari⁴⁵. La clé de tout est de s'attaquer à l'inflation législative :

La réglementation est une extension de l'impôt. Lorsque l'État a obligé les familles à envoyer leurs enfants à l'école, cela n'était historiquement pas sans coût pour les familles ayant dû se priver d'une part du travail domestique de leurs enfants. Cela a eu d'autant plus de conséquences que les familles étaient pauvres. Imposer l'école conduit logiquement à rendre l'école gratuite, mais cette gratuité n'est qu'apparente, elle exige de lever l'impôt pour financer la nouvelle dépense d'éducation. L'impôt et la réglementation sont ainsi deux manières de financer l'obligation légale, le goût du pouvoir politique

43 Pour la Nouvelle-Zélande, par exemple, *Employment relations Act 2000*, *Public Act 2000*, n° 24, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/DLM58317.html>

44 Robert Badinter, Antoine Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.

45 François Facchini, « S'attaquer à l'inflation législative pour limiter la dynamique des dépenses publiques sur longue période en France », Institut économique Molinari, 29 janvier 2021, [première publication dans *Public Choice*], <https://www.institutmolinari.org/2021/01/29/sattaquer-a-linflation-legislative-pour-limiter-la-dynamique-des-dépenses-publiques-sur-longue-periode-en-france/>

pour certaines pratiques. L'école obligatoire et payante fait supporter le coût de l'obligation aux familles. L'école obligatoire et gratuite met les frais de scolarité à la charge des contribuables et ouvre la voie à toutes les formes de marchandages politiques, chacun cherchant à faire peser la charge de la dépense, de l'obligation sur les autres. [...] La dépense publique n'est donc ni une nécessité sociale ni la réponse aux défaillances du marché. Elle participe d'une chaîne de décision politique fondée sur une forme ou une autre de paternalisme. Elle débute par la croyance en la capacité des hommes politiques à protéger l'homme contre les dangers de la vie. Cette croyance acquise, l'homme politique utilise tous les instruments dont il s'est arrogé les droits (la loi, la dépense, la monnaie et l'impôt) pour les gérer. Si rien ne vient contester la bienveillance et l'omniscience paternelle de l'État, la dépense n'a plus de limites. Si on souhaite sur le long terme limiter la dépense publique, il faut par conséquent s'attaquer à sa racine, l'inflation législative.

CONCLUSION

La fonction publique de carrière a-t-elle encore un avenir ?

Emmanuel Aubin

Université de Tours, Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire, EA 7496

Poser une question revient parfois à suggérer une réponse. Il en va ainsi de l'avenir de la fonction publique de carrière dont la doctrine et les praticiens observent, depuis le début de ce troisième millénaire, les évolutions pouvant être perçues comme dénaturantes. Les contributions publiées dans le présent ouvrage mettent en évidence la richesse de la comparaison tout en posant de nouveau la question de savoir, pour reprendre l'intitulé d'une célèbre chronique de Jean Rivero au lendemain de la seconde guerre mondiale, si les réformes récentes intervenues en France amorcent la « fin de la fonction publique »¹ ou illustrent un « renouveau »² de celle-ci. La fonction publique de carrière reflète, à l'évidence, la singularité du droit applicable aux personnels de la fonction publique³ dont les sources statutaires républicaines remontent au premier « statut général de 1946 », lequel fut un compromis⁴ qui semble être remis en cause au fil des réformes ayant marqué, depuis 2001⁵, le droit de la fonction publique⁶. Le professeur Antony Taillefait, dans une réflexion relative aux menaces sur la fonction publique de carrière, a fort bien décrit les implications de celle-ci :

Pour le fonctionnariat, le système de fonction publique fermée est le modèle cristallin de l'idéal statutaire. Ce système de la carrière a pour sources premières des principes aux conséquences juridiques fortes : principe du particularisme et donc de la soustraction au droit commun du travail ; principe du caractère statutaire et réglementaire qui implique que les règles applicables aux agents publics sont dégagées unilatéralement par la seule puissance publique ; principe de carrière qui assure une carrière garantie et prévisible pour les fonctionnaires, indépendamment de l'emploi occupé ; principe de la séparation du grade et de l'emploi qui autorise un « emploi à vie » dans la fonction publique ; principe de neutralité des fonctionnaires qui leur garantit une permanence et une certaine indépendance vis-à-vis du pouvoir politique.⁷

Les anniversaires sont toujours les moments idéaux pour mesurer le chemin parcouru depuis la naissance et se projeter dans les années à venir. La commémoration en 2013 des trente ans du statut général modifié, par la loi du 13 juillet 1983, avait déjà amené la doctrine à s'interroger sur l'évolution de la fonction publique de carrière lors d'un colloque qui a fait date, organisé par le professeur Charles Fortier⁸. La fonction publique française a fait l'objet, depuis janvier 2001, de

1 Jean Rivero, « La fin de la fonction publique ? », *D., chron.*, 1947, p. 151.

2 David Ruzié, « Vers un renouveau du droit de la fonction publique ? », *D.*, 1959, p. 85.

3 Aubin Emmanuel, *Droit de la fonction publique*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. « Domat Droit public », 1^{ère} éd., 2023.

4 Jacques Chevalier, « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *Rev. adm.*, n° spécial, 1996, p. 7 et s.

5 Les réformes substantielles de la fonction publique ont été amorcées par la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001, relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale.

6 Fabrice Melleray, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDJ*, 2006, p. 185.

7 Antony Taillefait, « La fonction publique est-elle menacée ? », *Revue générale du droit*, on line, 2019, numéro 42120, www.revuegeneraledudroit.eu/?p.42120

8 Charles Fortier (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014.

dix réformes qui ont eu pour effet de la transformer pour répondre, notamment, aux exigences de la gestion des ressources humaines et des mutations de l'action publique ainsi qu'aux évolutions de la société. L'année 2021 a été marquée par la poursuite de cette transformation par la voie d'ordonnances avec la réforme du statut juridique des accords collectifs⁹, la protection sociale complémentaire¹⁰, la création d'une nouvelle voie d'accès à certaines écoles de service public¹¹, le renforcement de la formation renforçant la formation de certains agents publics afin de favoriser leur évolution professionnelle¹², la suppression de l'ENA et de certains grands corps de l'État, la création d'un Institut national du service public et la réforme de l'encadrement supérieur de l'État¹³. Ce véritable convoi d'ordonnances, pris sur habilitation de la loi du 6 août 2019 dite de transformation de la fonction publique (ci-après loi TFP), n'est pas sans soulever des interrogations concernant la méthode choisie pour prolonger la transformation de la fonction publique. Ce choix méthodologique crée le sentiment que les réformes de la fonction publique sont techniques alors qu'elles revêtent intrinsèquement une dimension politique car servir l'intérêt général n'est pas neutre, quels que soient le grade et la fonction de l'agent public, en raison des principes de fonctionnement du service public. S'interrogeant sur les modèles de fonction publique, la doctrine a distingué la fonction publique de carrière de la fonction publique d'emploi. Le conseiller d'État, François Gazier, avait également opposé la fonction publique de structure fermée à la fonction publique de structure ouverte¹⁴, ces deux modèles étant présents dans les fonctions publiques du Pacifique Sud. De son côté, Didier Jean-Pierre a parfaitement résumé la remise en cause de la fonction publique de carrière en relevant l'existence d'un glissement du statut général à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique¹⁵, cette évolution ayant peut-être atteint l'acmé avec la loi TFP du 6 août 2019¹⁶.

Au regard des évolutions qui affectent le recrutement, le déroulement et la fin de la carrière, la question peut logiquement se poser de savoir si la fonction publique de carrière a un avenir dans le Pacifique Sud en particulier. Faut-il soutenir l'existence d'une fonction publique « déstatufiée »¹⁷, d'une déconstruction statutaire progressive qui grignoterait, tel l'océan avec le rivage, la substance même de la fonction publique de carrière, ou les évolutions depuis une quinzaine d'années au sein de la fonction publique traduisent-elles une nouvelle conception de l'emploi public davantage soucieuse d'individualisation? Le professeur Antony Taillefait a pu évoquer, concernant l'évolution du dialogue social et des accords collectifs prévue par

9 Ord. n° 2021-174 du 17 fév. 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique (prise sur la base de l'article 14 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019) et décret du 7 juillet 2021.

10 Ord. n° 2021-175 du 17 fév. 2021 relative à la protection sociale complémentaire dans la fonction publique.

11 Ord. n° 2021-238 du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public.

12 Ord. n° 2021-658 du 26 mai 2021 renforçant la formation de certains agents publics afin de favoriser leur évolution professionnelle.

13 Ord. n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État.

14 François Gazier, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, 1972.

15 Didier Jean-Pierre, « 1946-2006 : du Statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *JCP A*, 2006, n° 1241.

16 Fabrice Melleray, « La loi du 6 août 2019 fera-t-elle date? », *AJDA*, 2019, p. 2372; Emmanuel Aubin, *Les personnels de la fonction publique. Du statut général à la « travaillisation » des personnels*, op.cit.; Anicet Le Pors, « Le projet de loi sur la fonction publique tourne le dos à la conception française républicaine », *Le Monde*, 2 avril 2019. Adoptée définitivement par le Parlement le 23 juillet 2019, la loi TFP a été validée sans réserve par le Conseil constitutionnel (Cons. Constit., Décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019). La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique est parue au *JORF* du 7 août 2019.

17 Boris Barraud, « Du statut au contrat : vers une fonction publique "déstatufiée"? », in Charles Fortier (dir), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 159. Voir également la contribution de Mathias Chauchat dans cet ouvrage.

l'ordonnance du 17 février 2021 une « unité statutaire [qui] pourrait bien être malmenée »¹⁸. Tel l'univers en expansion dont une étude scientifique mise en ligne en juillet 2021 pense qu'il est en réalité dans un gigantesque trou noir, la fonction publique de carrière est peut-être, sans que l'on en prenne spontanément conscience, en train d'être aspirée par une autre conception de l'emploi public semblant réserver un bel avenir pour la carrière des... agents contractuels dans les trois versants de la fonction publique en métropole, comme dans les territoires ultramarins du Pacifique Sud.

I. LA FONCTION PUBLIQUE DE CARRIÈRE, UN BATEAU IVRE ?

« Entre sacerdoce et métier »¹⁹, la qualité de fonctionnaire place l'agent dans une situation juridique marquée par des singularités à l'aune de la relation professionnelle unissant un salarié à son employeur. Au regard des réformes des vingt dernières années et plus singulièrement de la loi TFP, il semble difficile de nier « l'éloignement du système de la carrière »²⁰. Ouvrant le colloque qu'il a organisé en 2013 à l'Université de Franche-Comté, le professeur Charles Fortier posait la question de savoir si la fonction publique française était devenue un bateau ivre²¹, en raison de ce phénomène que certains qualifient de « banalisation »²² du droit de la fonction publique de carrière. Aujourd'hui, l'interrogation demeure d'actualité en raison de l'influence croissante, d'une part, du droit européen qui induit une certaine globalisation du droit applicable aux travailleurs et, d'autre part, des exigences du management et des ressources humaines, les effets conjugués de cette double influence remettant en cause la conception institutionnelle de l'emploi public au cœur de la fonction publique de carrière. Enfin, la différenciation des situations, illustrée notamment dans la fonction publique ultramarine, permet de compenser les situations spécifiques liées à des conditions d'exercice différentes des fonctions, illustrant la prise en compte de la « théorie » des climats en droit de la fonction publique.

1. L'influence dénaturante du droit européen ?

S'il a pu être établi que le droit européen ne remettait pas en cause les grandes catégories du droit de la fonction publique²³, il n'en demeure pas moins que l'influence du droit de l'Union européenne peut parfois être interprétée comme un facteur de dénaturation de la fonction publique de carrière, en mettant l'accent sur la nature de l'emploi et non la singularité du lien juridique unissant l'agent à son employeur public. De façon significative, la Commission européenne affirmait en 2002 que, sous l'influence du droit européen, le fonctionnaire devient de plus en plus, quel que soit son sexe, un travailleur comme les autres avec, parfois, des interprétations contestables des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne. La mise en cause de la situation statutaire est parfois exagérée pour des raisons non juridiques comme l'illustre, de façon emblématique, la contestation française de la décision rendue le 15 juillet 2021 par la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne concernant le temps de travail des

18 Antony Taillefait, « La situation légale et réglementaire des fonctionnaires prend l'eau », *AJDA*, 2021, p. 1029. On lira également *Idem*, « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : Une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? » in Charles Fortier (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 119.

19 Olivier Dord, *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd, 2021, p. 5.

20 Antony Taillefait, « Fonction publique française : l'éloignement du système de la carrière », in Arnaud Haquet et Benoit Canguilhem (dir.), *L'avenir du Statut général de la fonction publique*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 45.

21 Charles Fortier, « La fonction publique française, le bateau ivre ? », in Charles Fortier (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 1 et s.

22 Jacques Bourdon, « La banalisation du droit de la fonction publique », *AJFP*, 2005, p. 284.

23 Emmanuel Aubin, « Les catégories du droit de la fonction publique », in Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 721 et s.

militaires sur requête d'un militaire slovène²⁴. Les premières réactions à cet arrêt, très hostiles en France, ont mis l'accent sur la remise en cause de l'unicité du statut et le risque de voir ce dernier être détricoté par le phénomène de banalisation de la relation d'emploi unissant les agents publics à leur employeur. La Cour de justice a jugé incompatible avec la directive de 2003 le temps de travail des militaires en estimant que ces derniers étaient des travailleurs comme les autres, sauf lorsqu'ils étaient en opération. L'ancien Premier ministre Édouard Philippe a publié une tribune dans le journal *Le Monde* en affirmant, de façon précipitée, que :

*[...] c'est tout le modèle d'emploi des armées françaises, la culture militaire, la conception même d'une armée opérationnelle en permanence qui sont comme menacés. Cette décision de la plus haute juridiction européenne est dans son principe contraire aux intérêts nationaux les plus élémentaires. Elle touche au cœur de la souveraineté et de la sécurité de la France. Elle n'est pas acceptable.*²⁵

La décision de la CJUE ne fait pourtant qu'adopter la logique fonctionnelle de l'emploi public bien connue depuis la grande décision de 1980²⁶ appliquée pour la première fois à la France lorsque celle-ci avait superbement ignoré les leçons de cette jurisprudence en réservant, six ans après qu'elle a été rendue, la qualité d'agents publics hospitaliers aux seuls ressortissants de nationalité française²⁷. La décision de juillet 2021 analyse, en effet, la diversité des fonctions au sein de l'armée pour juger que certaines tâches ne sont pas spécifiques aux métiers des trois armées et ne justifient donc pas l'absence d'application de la directive de 2003 sur la durée du temps de travail. La Cour cite les fonctions « liées à des services d'administration, d'entretien, de réparation, de santé, de maintien de l'ordre ou de poursuite des infractions. » Pour la Cour, ces fonctions ne « présentent pas, en tant que telles, des particularités s'opposant à toute planification du temps de travail respectueuse des exigences imposées par la directive 2003/88, à tout le moins pas tant que ces activités ne sont pas exercées dans le cadre d'une opération militaire ou au cours de sa préparation immédiate. » Nulle remise en cause donc de la fonction publique de carrière mais une volonté d'appliquer un droit protecteur de l'individu, en précisant que certaines activités des militaires ne les distinguent pas, en dehors des opérations militaires et de leur préparation, des travailleurs poursuivant des missions administratives, d'entretien de réparation ou de santé. Ni plus, ni moins, cet arrêt ne « mérite pas de partir sabre au clair »²⁸ pour reprendre l'heureuse expression de la professeure Hélène Gaudin qui a montré que la Cour s'est efforcée d'adapter un raisonnement nuancé en distinguant les conditions normales des circonstances « d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles »²⁹ et en rappelant la clause de l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne respectant « les fonctions essentielles de l'État ». Le prisme du temps de travail est l'un des principaux points de friction avec le droit de l'Union qui induit une banalisation de certaines fonctions au sein des administrations, en interprétant

²⁴ CJUE, 15 juillet 2021, aff. C-742/19; *B.K.*

²⁵ Édouard Philippe, « La décision de la Cour de justice n'est pas acceptable », *Le Monde*, 17 juillet 2021.

²⁶ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/Belgique*, aff. C-149/79.

²⁷ CJCE, 3 juin 1986, *Commission c/ France*, aff. C-307/8 : incompatibilité avec le droit communautaire de l'accès des corps d'infirmiers aux seuls citoyens de nationalité française alors même que cette fonction n'a aucun lien avec les prérogatives de puissance publique ou la sauvegarde des intérêts généraux des hôpitaux publics.

²⁸ Hélène Gaudin, « Application aux militaires de la directive sur le temps de travail : ni contre la souveraineté nationale, ni contre la sécurité nationale, l'arrêt de la Cour de Justice ne mérite pas de partir sabre au clair », *Les Surligneurs*, 26 juillet 2021, <https://lessurligneurs.eu/application-aux-militaires-de-la-directive-europeenne-relative-au-temps-de-travail-ni-contre-la-souverainete-nationale-ni-contre-la-securite-nationale-larret-de-la-cour-de-justice-ne-meri/>

²⁹ Cette condition a été explicitée dès 2006 (CJCE, 12 janv. 2006, aff. C-132/04, *Commission c/ Espagne* : affaire dite de la *Guardia civil*) par la Cour de justice. Elle précise que seuls des événements exceptionnels créant des « situations de risque collectif grave » justifient que les personnels liés à la puissance publique ne soient pas concernés par la directive de 2003, ces situations étant précisées par la Cour : « Catastrophes naturelles ou technologiques, attentats, accidents majeurs ou autres événements de même nature ».

les temps de garde et d'astreinte à l'aune de la directive de 2003. En définitive, l'arrêt de la Cour a opéré une distinction entre le statut militaire et les fonctions exercées par ces derniers inscrivant ainsi la décision dans le cadre de la conception fonctionnelle de l'emploi public. On constate sans mal, à cet égard, que les exigences européennes et les exigences managériales se rejoignent³⁰ pour consacrer progressivement une conception fonctionnelle de l'emploi public qui repose sur les conditions d'exercice de l'emploi public.

2. L'avènement d'une conception fonctionnelle de l'emploi public au contact de la logique managériale : la flexibilité dans la carrière

La fonction publique de carrière repose sur une conception institutionnelle de l'emploi public qui a été peu à peu remise en cause. Décrire l'influence de la conception managériale de l'emploi sur la fonction publique de carrière ne relève pas de l'idéologie³¹ mais d'un constat objectif dressé par la doctrine depuis l'avènement de la Loi Organique relative aux Lois de Finances (LOLF) à partir du 1^{er} août 2001, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006³². Celle-ci a, en effet, induit une nouvelle approche de la fonction publique en raisonnant à l'aune des missions des employeurs publics et non plus au regard des emplois budgétaires par corps et grades. Le management par objectif s'est progressivement imposé en individualisant de plus en plus la relation du fonctionnaire avec son administration de rattachement³³, que ce soit en métropole ou outre-mer. Cette conception matérielle (le contenu de l'action) et non institutionnelle (la nature singulière du lien unissant le fonctionnaire à l'employeur public) réduit la spécificité de la fonction publique de carrière. Les différentes réformes de la fonction publique ont induit une « révolution silencieuse »³⁴ ayant consisté à individualiser de façon croissante et inexorable la relation d'emploi des fonctionnaires, qui se rapproche de celle d'un salarié. La France aurait, selon le conseiller d'État Jean-Ludovic Silicani, auteur d'un rapport sur l'avenir de la fonction publique, accumulé un retard important dans la prise en compte des exigences managériales pour le fonctionnement optimal de l'action publique mise en œuvre quotidiennement par les administrations. On peut lire dans ce rapport que, « par un dérapage progressif, voulu et toléré par les responsables publics, qui a débuté dès les années 1950, le grade, c'est-à-dire le statut, a envahi tout l'espace de la fonction publique, laissant une place dérisoire à l'emploi, c'est-à-dire au management fonctionnel »³⁵.

Force est de constater que les réformes qui se sont succédées en ce début de troisième millénaire ont pour conséquence de modifier la conception classique de la fonction publique de carrière³⁶, comme le montre l'élaboration d'un droit des transitions professionnelles dans le secteur public par la loi TFP du 6 août 2019³⁷. L'idée est de faciliter la mobilité, de la fluidifier entre la fonction

30 Jean-Michel Lemoyne de Forges, « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles? », *AJDA*, 2003, p. 1917 et *Idem*, « Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique? », *RFAP*, 2009/4, p. 701.

31 Jean Desmazes, « Management et responsabilisation. Étude comparée des secteurs public et privé », *JCP A*, 2015, n° 2081.

32 Didier Jean-Pierre, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *JCP A*, n° 42, 16 oct. 2006, p. 1241. Sur le lien entre la LOLF et le droit de la fonction publique, Olivier Dord, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 56.

33 Jacques Caillousse, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, n° 105, 2003, p. 121 et s.

34 Arnaud Freyder, *La fonction publique. Chronique d'une révolution silencieuse*, Lextenso - LGDJ, coll. Forum, 2013.

35 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, 2008 et *Idem*, « La mise en œuvre des recommandations du Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique », *L'ENA hors les murs*, 2009, n° 391, p. 8.

36 Emmanuel Aubin, *Les personnels de la fonction publique. Du Statut général à la travaillisation*, *op. cit.*; Antony Taillefait, « Vers une gestion renouvelée des carrières des fonctionnaires? », *RFDA*, 2018, p. 426.

37 Emmanuel Aubin, « La mobilité et les transitions professionnelles : continuum ou changement de paradigme? »,

publique et le secteur marchand. Antony Taillefait a bien résumé l'effet conjugué des réformes de 2007, 2009 et 2019 en évoquant un passage progressif de « l'esprit de service public à l'esprit d'entreprise de l'agent public »³⁸. La loi TFP inscrit ainsi la mobilité des fonctionnaires dans le cadre d'une programmation pluriannuelle symbolisée par les nouvelles lignes directrices de gestion. Les employeurs publics ont toujours recouru au droit infra-administratif (circulaires, notes de service) pour préciser les conditions de gestion des carrières de leurs agents. La loi TFP a toutefois innové en créant des lignes directrices de gestion qui « déterminent la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines »³⁹. Ainsi que le précise toutefois Charles Fortier, « ces lignes directrices ne se substitueront pas aux règles statutaires, qu'elles ne feront que compléter et elles ne mettront pas en cause l'obligation qui pèse sur l'autorité compétente d'apprécier de manière circonstanciée chaque situation individuelle »⁴⁰.

La flexibilité est également illustrée par la prise en compte de la nature de l'emploi et des besoins qui a amené le législateur à libéraliser, avec l'article 21 de la loi TFP, la possibilité pour les employeurs des collectivités territoriales de recruter des fonctionnaires sur des emplois à temps non complet. Pris le 17 février 2020, le décret n° 2020-132 a modifié le décret n° 91-298 du 20 mars 1991 pour élargir le recours des employeurs territoriaux à des emplois à temps non complet. Son champ d'application est très large puisqu'il concerne toutes les collectivités, quelle que soit leur taille, et les agents de tous les cadres d'emplois, pour des postes permanents dont la durée de travail est inférieure à la moitié de la durée légale de travail (soit moins de 17 h 30 par semaine). Depuis le 20 février 2020, le nouvel article 9 du décret de mars 1991 dispose désormais qu'un « fonctionnaire territorial percevant une rémunération à temps complet ne peut être nommé dans un emploi à temps non complet que dans une collectivité ou un établissement autre que celui qui le rémunère à temps complet et si la durée totale de service qui en résulte n'excède pas de 15 % celle afférente à un emploi à temps complet ». Par ailleurs, la conception fonctionnelle a amené les gouvernants à assouplir l'édifice statutaire en supprimant des centaines de corps d'emplois dans la fonction publique de l'État et en créant des corps interministériels qui reflètent la dimension transversale et pluridisciplinaire des fonctions concernées.

3. La différenciation ou la carrière en prise directe avec la géographie statutaire

Le terme géographie statutaire reflète la nécessité d'adapter les principes de la fonction publique de carrière aux lieux d'exercice des fonctions. La « crainte d'une uniformisation excessive »⁴¹ est l'un des principaux reproches traditionnellement adressés au statut et à la fonction publique de carrière. Il n'est pas indifférent de relever la tendance favorable au raisonnement, non plus par corps, mais par emploi, illustrée par le propos du président de la République, Emmanuel Macron, le 17 juillet 2017 lors de la Conférence nationale des territoires au Sénat : il n'est pas « normal, lorsqu'on cherche à augmenter le point de la fonction publique hospitalière, que toutes les fonctions publiques soient entraînées dans le même mouvement. Nous devons avoir une gestion différenciée des fonctions publiques parce que leur réalité est différente »⁴².

RFDA, 2020, p. 283; Antony Taillefait, « La loi de fonction publique du 6 août 2019 de déformation des transitions professionnelles », *RDP*, 2021, p. 77 et s., *Idem*, « Transformer n'est pas bifurquer : à propos de la loi Dusspot », *AJFP*, 2019, p. 314.

38 Antony Taillefait, « La mobilité entre le secteur public et le secteur privé : évolution ou agitation ? », *AJDA*, 2018, p. 559; Emmanuel Aubin, « Existe-t-il un droit à la mobilité ? », *AJDA*, 2018, p. 546.

39 Statut général de la fonction publique : titre II, art. 18; titre III, art. 33-5; titre IV, art. 26.

40 Charles Fortier, « Les bonnes résolutions des lignes directrices de gestion », *AJFP*, 2020, p. 1.

41 Benoit Camguilhem, « Une histoire de la contestation », in Arnaud Haquet et Benoit Camguilhem (dir.), *L'avenir du Statut général de la fonction publique*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 35.

42 Cité par Haquet Arnaud, « L'idée de statut », in Arnaud Haquet et Benoit Camguilhem (dir.), *L'avenir du statut général de la fonction publique*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 25-26.

Depuis sa création, la fonction publique ultramarine illustre la nécessaire plasticité du principe d'égalité, lequel ne s'oppose pas à une différenciation du déroulement de carrière entre les agents au regard de l'existence de situations objectivement différentes. Cette remarque vaut, par exemple, pour le droit applicable aux mutations, avec parfois des difficultés d'application⁴³. Par ailleurs, l'existence même et le fonctionnement de la fonction publique territoriale montrent que la fonction publique de carrière peut s'accommoder d'une diversité au sein de l'unité⁴⁴, sans pour autant oublier l'existence des piliers du temple statutaire. En juin 2018, la Nouvelle-Calédonie a accueilli la 15^e édition de la conférence des dirigeants des services publics du Pacifique qui ont pu comparer leurs différents modèles de fonction publique. Un an plus tôt, lors de cette conférence qui rassemblait les dirigeants de la fonction publique du Pacifique Sud, Emmanuelle Gallien, directrice des ressources humaines de la Nouvelle-Calédonie, avait relevé que cette rencontre permettait de comparer et de confronter la culture anglo-saxonne de la fonction publique au modèle français. En matière de recrutement, alors que la fonction publique de carrière à la française privilégie le concours, les fonctions publiques des États du Pacifique Sud préfèrent un recrutement direct, sans examen, sur la base du curriculum et de l'expérience professionnelle. Il existe toutefois des points de convergence. Par exemple, la plupart des États du Pacifique Sud sont très soucieux de l'égalité hommes-femmes et ont participé à cette conférence avec des responsables de l'égalité entre hommes et femmes. On sait, à cet égard, que l'influence du droit européen mais également la volonté de garantir une meilleure égalité dans l'accès aux emplois supérieurs et le déroulement de carrière des fonctionnaires de sexe féminin ont amené la France à modifier le statut général en imposant une obligation de résultat aux employeurs publics. Pour la première fois, en 2020, le seuil de 40 % de primo-nominations féminines au sein de la fonction publique d'État prévu par la loi a été franchi et même dépassé pour atteindre 42 % (soit 9 % de plus par rapport à 2016 et +12 % par rapport à 2014).

Dans le *Dictionnaire juridique des Outre-mer*⁴⁵ publié en juillet 2021, les entrées « égalité réelle », « différenciation », « emploi local » ou encore « préférence locale » mettent en évidence une approche statutaire plus flexible qu'en France métropolitaine, traduisant l'existence d'une fonction publique ultramarine singularisée par une carrière adaptée aux circonstances locales. Les entorses au principe d'égalité, véritable colonne vertébrale de la fonction publique de carrière, rencontrent toutefois des limites juridiques rappelées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans leur contrôle des lois de pays en Nouvelle-Calédonie⁴⁶ et en Polynésie française⁴⁷ contenant des dispositions inconstitutionnelles ou illégales relatives aussi bien aux fonctionnaires qu'aux agents contractuels.

43 Edwin Matutano, « Les mutations prioritaires des fonctionnaires de l'État en outre-mer », *AJFP*, 2017, p. 329.

44 Antony Taillefait, « Présence de la fonction publique territoriale et déclin du droit de la fonction publique », *RLCT*, 2012, p. 103.

45 Géraldine Giraudeau et Matthieu Maisonneuve, *Dictionnaire juridique des Outre-Mer*, Lexisnexis, 2021.

46 Cons. Constit., Décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011, *Patelise Fotutata*; *RFDA*, 2012, p. 355, note Janicot Laetitia : annulation de la loi de pays applicable aux nombreux agents publics contractuels travaillant en Nouvelle-Calédonie en la jugeant contraire aux principes constitutionnels de la liberté syndicale et du principe de participation applicables à l'ensemble des travailleurs. Cf. également, Cons. Constit., Décision LP n° 2014-4 du 21 novembre 2014, Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie : annulation d'une loi du pays qui ne favorisait pas la titularisation sans concours des agents contractuels de droit public détenteurs de la citoyenneté que l'on sait, alors même que l'accord de Nouméa prévoit une obligation d'assurer une préférence locale en matière d'emploi en Nouvelle-Calédonie. On lira avec profit la belle note d'Alexis Zarca, « L'imprégnation française de la discrimination positive : de l'obligation de favoriser l'accès des Néo-Calédoniens à la fonction publique locale », *AJFP*, 2015, p. 193.

47 CE, 25 novembre 2009, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*, n° 32877 : annulation d'une loi du pays polynésienne qui réserve aux résidents de ce territoire ultramarin 95 % des postes à pourvoir par la voie du concours externe organisé pour l'accès à des emplois publics locaux; CE, 18 juin 2014, *Syndicat de la fonction publique*, n° 374370, *AJDA*, 2014, p. 1953, note Jean-Paul Pastorel : annulation d'une loi de pays polynésienne qui réservait aux agents contractuels, sans limitation de durée, la moitié des postes à pourvoir aux concours de recrutement dans la fonction publique locale.

II. LA FONCTION PUBLIQUE DE CARRIÈRE A UN AVENIR POUR LES... AGENTS CONTRACTUELS

L'activité de service public continue-t-elle à se singulariser par rapport au secteur marchand lorsqu'elle est mise en œuvre par des agents contractuels et non des fonctionnaires titulaires? La question mérite d'être posée car le fait pour un fonctionnaire de poursuivre une mission de service public semblait impliquer par principe l'application d'une unilatéralité du droit applicable avec, en contrepartie, des garanties concernant le droit à un déroulement normal de carrière. Parallèlement à l'existence de contrats de droit public, il existe des contrats de droit privé pour la gestion de services publics industriels et commerciaux et en raison du recours à la formule des contrats aidés, les bénéficiaires de ces contrats sociaux apparaissant comme « les parents pauvres »⁴⁸ de la fonction publique, n'ayant aucune vocation à faire carrière au sein de celle-ci. La formule contractuelle de droit public est réservée aux agents non titulaires auxquels les administrations recourent depuis les années 1950 afin de répondre aux besoins et à la continuité des services publics⁴⁹.

Force est toutefois de constater que l'exception contractuelle tend à se généraliser au fil des réformes. Les hypothèses de recrutement des agents contractuels se banalisent, en reconnaissant concomitamment des droits quasiment statutaires, permettant à ces contractuels de poursuivre une véritable carrière au sein des administrations. En métropole, jusqu'en 2019, on pouvait écrire avec le professeur Didier Jean-Pierre, que l'idéologie non statutaire et entrepreneuriale était une « idéologie non assumée »⁵⁰, notamment parce qu'elle portait en elle l'idée d'une fonction publique sans fonctionnaires ou avec de moins en moins de fonctionnaires. Depuis la loi TFP, nonobstant les résistances vaines à l'esprit de réforme du statut général⁵¹, l'évolution vers une fonction publique contractuelle⁵² est clairement assumée, avec la bénédiction des juridictions⁵³. Tant et si bien que le contrat semble être l'avenir de la fonction publique⁵⁴, notamment parce qu'il est désormais possible de faire carrière dans l'administration en ayant la qualité d'agent contractuel. En outre-mer, la même logique est à l'œuvre, spécialement dans le Pacifique Sud où la Polynésie-française et la Nouvelle-Calédonie ont décidé, respectivement en 2015 et en 2021, de soumettre les agents contractuels des administrations au droit public en lieu et place du droit du travail antérieurement appliqué⁵⁵. Cette évolution conforte le phénomène de « travaillisation » du droit de la fonction publique.

1. L'agent contractuel, l'avenir de la fonction publique?

Le contrat évoque la figure du salarié qui serait moins protégé dans sa relation d'emploi que le fonctionnaire. L'ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique, Marcel Pochard, écrivait, en 2000, dans une importante contribution sur l'avenir de la fonction publique que « le Statut a été écrit avec une plume trempée dans l'encre dominante des garanties strictement protectrices »⁵⁶. La fonction publique de carrière a toujours été l'apanage des fonctionnaires titulaires, lesquels cohabitent depuis les années 1950 avec des

48 Emmanuel Aubin, « Les contrats précaires dans les collectivités territoriales », *AJCT*, 2011, p. 552.

49 Carole Moniolle, « Le non-titulariat dans la fonction publique de l'État, phénomène inéluctable », *AJFP*, 1998, p. 45.

50 Didier Jean-Pierre, « Une fonction publique sans fonctionnaires? », *JCP A*, 2011, n° 2170.

51 Marcel Pochard, « L'idéologie statutaire : les résistances à l'esprit de réforme », in Charles Fortier, *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 18.

52 Laura Regairaz, *La fonction publique contractuelle*, Presses universitaires de Savoie Mont-Blanc, 2021.

53 Boris Barraud, « Du statut au contrat – Vers une fonction publique “déstatufiée”? », *op. cit.*, p. 159 et s.

54 Emmanuel Aubin, « Le contrat, avenir de la fonction publique? », *AJDA*, 2020, p. 2340.

55 Voir les contributions de Grégoire Calley et Charles Froger dans cet ouvrage.

56 Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique », *AJDA*, 2000, p. 3.

agents contractuels de droit public parmi les personnels en poste dans les administrations. Les agents contractuels ont traditionnellement été recrutés dans des conditions restrictives pour remplacer des fonctionnaires, combler une carence de poste liée à un poste non pourvu, exercer une fonction pour laquelle il n'existe aucun corps ou cadre d'emploi correspondant. Pour surmonter les scrupules de recourir de plus en plus souvent aux agents contractuels, la première réponse des gouvernants a consisté à faire passer les agents de la précarité à la pérennité en les transformant en... fonctionnaires lors des plans quinquennaux de titularisation⁵⁷. Puis à partir de 2005, sous l'influence essentialisée d'un droit communautaire qui n'imposait pas une telle évolution, le législateur a posé le principe d'une indétermination de la relation d'emploi (la « CDIisation ») lorsque l'employeur public souhaite conserver parmi ses effectifs un agent avec lequel il existe des liens contractuels depuis six ans. Franchissant un pas supplémentaire, la loi Sauvadet du 12 mars 2012 a rendu possible le primo-recrutement en contrat à durée indéterminée (CDI) dans la fonction publique d'État pour les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet. Depuis la loi TFP du 6 août 2019, des agents contractuels peuvent même être recrutés pour diriger des services et exercer des fonctions régaliennes⁵⁸, ces postes de responsabilité supérieure ayant ainsi été rattrapés par les exigences du management⁵⁹. La loi TFP a également généralisé, dans les trois fonctions publiques, la possibilité de recruter des agents contractuels sur des emplois permanents. Le décret n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 précise la procédure de recrutement pour pourvoir par des agents contractuels des emplois permanents dans la fonction publique. Applicable depuis le 1^{er} janvier 2020, cette procédure rend applicable l'article 15 de la loi TFP dont le Conseil constitutionnel a admis la conformité au principe d'égal accès aux emplois publics, dès lors que sont prévus, d'une part, des règles de publicité, d'autre part, l'établissement d'un profil précis pour le poste à pourvoir et, enfin, la délivrance d'une information relative aux obligations déontologiques. Dans la fonction publique territoriale, le législateur a abaissé le seuil à partir duquel il est possible de recruter des contractuels pour les emplois de direction dans les communes et les établissements publics de coopération intercommunale : il passe de 80 000 à 40 000 habitants. En outre, l'article 17 de la loi TFP permet aux administrations des trois versants de recourir au contrat « pour mener à bien un projet ou une opération. » Le rapprochement entre la situation des fonctionnaires et celle des agents contractuels a été renforcé par l'accroissement du nombre de CDI de droit public. Le décret n° 2020-172 du 27 février 2020 a précisé le cadre juridique du recours à ces nouveaux contrats. Nul n'est censé ignorer la véritable raison de ces contrats de projet. La plupart des administrations ont été confrontées au phénomène de la CDIisation des agents contractuels, consistant à proposer obligatoirement un CDI de droit public à tout agent en poste depuis au moins six ans dans le secteur public. Sans y voir une stratégie permettant de contourner le dilemme de la CDIisation, ces nouveaux contrats symbolisent l'évolution vers une fonction publique contractuelle de mission, consistant à recruter des agents pour mener à bien les projets ou les opérations pluriannuelles sans pour autant obérer le budget des personnes publiques, en cessant la relation d'emploi lorsque la raison d'être du recrutement a disparu. Au fil des lois, on a bien assisté à une généralisation des hypothèses de recrutements d'agents en CDI⁶⁰ qui s'est accompagnée d'un rapprochement de la situation juridique de ces derniers et des

57 Nicole Belloubet-Frier, « De la précarité à la pérennité : le statut des agents non titulaires de l'État », *AJDA*, 1990, p. 851.

58 Fabrice Melleray, « Vers un élargissement du recours au contrat dans la fonction publique », *AJDA*, 2019, p. 25.

59 Anna Neyrat, « Le recrutement des emplois de direction à la discrétion des autorités politiques à l'épreuve du nouveau management public », *RDP*, 2018, p. 1339.

60 Emmanuel Aubin, « Statut : la généralisation du contrat à durée indéterminée ? », *Gaz. Cnes*, 18 novembre 2002, p. 90; Didier Jean-Pierre, « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique

fonctionnaires, faisant écrire au professeur Hervé Rihal que l'agent sous CDI n'était peut-être plus un « intrus »⁶¹ dans la fonction publique.

2. La carrière des agents contractuels dans la fonction publique : oxymoron ou optimisation des compétences ?

Recourir à un couple de contraires permet souvent de mettre l'accent sur deux interprétations possibles d'un même phénomène : à savoir, la place croissante du contrat dans la fonction publique, qui s'accompagne de la reconnaissance de droits quasiment statutaires⁶². L'évolution de la situation juridique des agents contractuels a transformé progressivement ces derniers en *simili* fonctionnaires, une telle évolution fragilisant le lien longtemps indéfectible entre service public et qualité de fonctionnaire. Il est désormais possible de « faire » carrière dans la fonction publique en étant un Berkanien muni d'un CDI de droit public qui apporte quasiment les mêmes garanties qu'à un fonctionnaire, à une différence près concernant l'avancement à l'ancienneté. Cette différence tend du reste à s'estomper car certains employeurs, notamment locaux, n'hésitent pas à aller au-delà de la lettre du statut général qui ne prévoit qu'un rendez-vous triennal sur la discussion de la rémunération des agents contractuels, en instaurant une évolution de la rémunération de leurs Berkanien sous CDI, afin d'alléger la pression sociale et d'éviter un décrochage entre la rémunération des titulaires et celle des agents contractuels. Le management amène parfois les employeurs publics à forcer un peu la loi pour ouvrir le champ des possibles afin de donner le sentiment aux contractuels qu'ils poursuivent bien une carrière au sein de la fonction publique. La convergence est encore plus évidente en matière de protection sociale. En effet, en vertu de l'ordonnance n° 2021-175 du 17 février 2021, les employeurs publics seront désormais tenus, comme dans le secteur privé, de financer au moins 50 % de leur complémentaire santé. Cette obligation de prise en charge à 50 % s'appliquera progressivement, dès 2024 à l'État, à mesure que les contrats collectifs arriveront à échéance, et au plus tard en 2026 à tous les employeurs publics des trois versants de la fonction publique. Elle concernera tous les agents publics, sans distinction de statut.

Le recours au contrat apporte une flexibilité à la fonction publique et introduit le concept de « flexicurité » qui participe d'un mouvement de « déconstruction du droit statutaire », analysée avec beaucoup de justesse par le professeur Didier Jean-Pierre au lendemain de la loi TFP⁶³. Face à la poussée qui semble inexorable de l'agir contractuel, la réponse à la question posée dans la présente contribution passera par une réflexion sur la part qu'il convient de réserver au contrat dans le statut et non plus l'inverse. La place croissante des agents contractuels s'inscrit dans une tendance globale dont nous avons pu proposer la théorisation en recourant au concept de « travaillisation » évoqué par le professeur David Ruzié. La figure de proue de cette « travaillisation » est l'agent contractuel – expression qui a définitivement remplacé depuis la loi TFP celle d'agent non titulaire – mais, là encore, le salarié du secteur marchand et le Berkanien du secteur public ne sont pas placés dans une situation de mimétisme. Les lois applicables reflètent l'évolution vers un « droit commun » ou un « droit de l'activité professionnelle », pour reprendre l'expression du travailliste Paul Durand en 1952⁶⁴ dont la pensée a été mise au goût du

territoriale », *JCP A*, 2003, n° 1308 ; *Idem*, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *JCP A*, 2005, p. 1302.

61 Hervé Rihal, « Un intrus, le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. Contrats publics*, 2013, LGDJ-Lextenso, p. 291.

62 Didier Jean-Pierre, « L'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels de l'État », *JCP A*, 2015, p. 20.

63 Didier Jean-Pierre, « Transformation de la fonction publique et flexicurité. La déconstruction du droit statutaire », *JCP A*, 2019, n° 2364.

64 Paul Durand, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr.soc.*, 1952. Ce grand travailliste écrivait que « le droit des rapports collectifs appartient à un monde juridique plus

jour dans un brillant article de doctrine⁶⁵. L'argent étant le nerf de la guerre, on relèvera que la Cour de justice de l'Union européenne contribue à égaliser davantage la situation entre l'agent contractuel et le fonctionnaire. Elle a, en effet, relativisé la différence de statut pour juger qu'un contractuel enseignant devait avoir la même rémunération qu'un statutaire exerçant la même fonction. Pour la Cour, le droit de l'Union européenne :

*[...] s'oppose à une réglementation nationale, [...] qui réserve le bénéfice d'un complément de rémunération aux enseignants employés dans le cadre d'une relation de travail à durée indéterminée en tant que fonctionnaires statutaires, à l'exclusion notamment des enseignants employés en tant qu'agents contractuels de droit public à durée déterminée, si l'accomplissement d'une certaine période de service constitue la seule condition d'octroi dudit complément.*⁶⁶

La « travaillisation » est-elle une dénaturation de la fonction publique de carrière ou exprime-t-elle une individualisation souhaitable de la carrière des agents publics ? Le mot « travaillisation » ne doit pas être mal interprété. En effet, l'influence du droit du travail n'est pas nécessairement synonyme de fin du statut, mais reflète le caractère souhaitable, parfois, d'une certaine convergence des normes applicables aux travailleurs placés, *mutatis mutandis*, dans des situations relativement similaires. Il est possible de s'inspirer du droit du travail sans que celui-ci soit repris mot à mot, de façon à tenir compte des particularismes de la fonction publique. Le fonctionnaire et l'agent public contractuel sont parfois des travailleurs comme les autres et demain, plus encore que ces dernières années, la fonction publique de carrière sera confrontée, en métropole comme en outre-mer, à des défis inédits. Il reste à savoir si les réponses apportées par les pouvoirs publics conforteront la tendance à globaliser l'approche managériale et à mettre en place un système de rapprochement des fonctionnaires et agents publics contractuels avec le salarié, y compris jusque dans le souhait de quitter son employeur. On sait en effet que depuis la loi TFP, la procédure de rupture conventionnelle s'applique aux fonctionnaires et agents contractuels sous CDI dans les conditions prévues par le décret n° 2019-1596 du 31 décembre 2019 précisé par l'arrêté du 6 février 2020. Dans ce cas de figure montrant que certains agents publics ne conçoivent pas l'avenir dans leur carrière publique, ces derniers se voient appliquer comme leurs homologues du secteur marchand, les dispositions de l'article L. 5424-1 du code du travail.

vaste que le droit du travail où viennent se fondre les différentes formes de travail humain : le droit de l'activité professionnelle » avant d'évoquer « un mimétisme ayant donné au droit du travail les traits que possède celui de la fonction publique. »

65 Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *RFDA*, 2010, p. 1173.

66 CJUE, 20 juin 2019, n° C-72/18, *Ustariz Aróstegui c/ Departamento de Educación del Gobierno de Navarra*, *AJDA*, 2019, p. 1309.

LES AUTEURS

Emmanuel Aubin est professeur de droit public à l'Université de Tours. Il est co-responsable de l'axe de recherche « Démocratie, Libertés & Politiques sociales » de l'Institut de recherche juridique interdisciplinaire. Il est l'auteur de nombreuses publications sur la fonction publique, dont le *Droit de la fonction publique* (Domat-Montchrestien, 2023, 1^e ed).

Narelle Bedford est *Associate Professor* à la Faculty of Law de la Bond University, en Australie. Avant d'entamer une carrière universitaire, l'auteure a mené une carrière dans la fonction publique australienne, exerçant des fonctions dans plusieurs ministères et agences, tant en Australie qu'à l'étranger pour représenter ce pays.

Grégoire Calley est maître de conférences HDR en droit public à l'Université Savoie-Mont-Blanc. Il a été en délégation à l'université de la Polynésie française de 2019 à 2023. Ses recherches portent particulièrement sur le droit de la fonction publique des outre-mer.

Mathias Chauchat est professeur à l'université de la Nouvelle-Calédonie, agrégé de droit public. Il est spécialiste de l'organisation politique des pays du Pacifique, des institutions calédoniennes et des processus de décolonisation.

Bruno Dalles est procureur général près la cour d'appel de Nouméa.

Charles Froger est maître de conférences en droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Il a été en délégation à l'université de la Nouvelle-Calédonie de 2019 à 2023. Il est par ailleurs membre du comité de rédaction de la revue scientifique *Actualité juridique. Fonctions publiques*. Ses publications portent principalement sur le droit de la fonction publique et le droit des outre-mer, en particulier de la Nouvelle-Calédonie.

Graham Hassall est *Research Associate* à la School of Government de la Victoria University à Wellington, en Nouvelle-Zélande. Il s'est spécialisé dans l'étude des gouvernements et des politiques publiques dans les îles du Pacifique et s'intéresse également à des approches plus globales au niveau mondial. Il a enseigné dans des universités en Australie, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, à Fidji et en Nouvelle-Zélande.

Michael B. Krakat est *Lecturer* en droit public à l'université du Pacifique Sud au Vanuatu. Avant de rejoindre cette université, l'auteur a fait des recherches et enseigné à la Bond University dans le Queensland, en Australie, et à la Edinburgh University en Écosse dans les domaines du droit public. Il a été admis auprès de la Cour suprême du Queensland et à la Haute Cour d'Australie en tant qu'avocat concernant le domaine de l'immigration.

Edwin Matutano est docteur en droit et avocat à la cour. Il est également chargé de cours à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines et formateur au Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT). Il a une expérience de plus de vingt ans en qualité d'expert juridique dans la fonction publique de l'État. Il est par ailleurs l'auteur de nombreuses publications, notamment en droit de la fonction publique et des outre-mer.

Fabrice Melleray est Professeur des universités à Sciences Po Paris. Il est rédacteur en chef de la revue scientifique *Actualité Juridique. Droit administratif*. Il est l'auteur de nombreuses contributions et ouvrages, notamment sur la fonction publique, dont *Droit de la fonction publique* (Economica, 2020, 5e ed.).

Nadège Meyer est maître de conférences habilitée à diriger les recherches en droit privé, à l'Université de la Nouvelle-Calédonie depuis 2004. Elle dirige actuellement le laboratoire de recherches juridique & économique (LARJE). Spécialiste de droit du travail, elle étudie plus particulièrement les relations collectives de travail en Nouvelle-Calédonie dans une perspective non seulement comparée mais aussi de vivre ensemble dans le cadre de la diversité culturelle qui caractérise ce territoire.

Seules presses universitaires francophones du Pacifique, et les toutes premières du monde outre-mer francophone, les Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie (PUNC) ont vocation à contribuer à l'édition d'ouvrages et de revues à caractère scientifique. Elles sont un outil de diffusion et de promotion de travaux de recherche – notamment conduits à l'université de la Nouvelle-Calédonie – qui présentent un intérêt pour la Nouvelle-Calédonie et au-delà pour l'Océanie. Elles entendent également favoriser l'accès en Nouvelle-Calédonie à des ouvrages de référence à partir d'une politique de traduction et de réédition. Les PUNC ont, par ailleurs, pour ambition de faire connaître la recherche francophone au sein de la région Pacifique et au-delà par la mise en place d'une politique de communication bilingue et de coéditions.

La collection LARJE, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique, est l'une des quatre collections que compte aujourd'hui les PUNC.

Cette collection entend valoriser des travaux de recherche originaux portant sur la Nouvelle-Calédonie et son environnement régional, notamment à partir des axes de recherche identifiés au sein de l'équipe du LARJE, rattachée à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, ou encore de ceux du Consortium pour la Recherche, l'Enseignement Supérieur et l'Innovation en Nouvelle-Calédonie (CRESICA) ou du Pacific Islands Universities Research Network (PIURN).

Elle a pour ambition de favoriser l'édition et la diffusion de travaux prenant notamment en compte un facteur majeur du Pacifique Sud, le multiculturalisme, qui impacte les règles normatives, l'économie autant que la gestion.

Dans le domaine du droit, en relation au multiculturalisme, le pluralisme juridique est un des thèmes majeurs mis en lumière dans cette collection car il suppose de repenser en permanence les modèles de création, d'intégration ou d'articulation des normes, comme il influe sur la place et le rôle respectifs des institutions locales et de l'État dans une région (Pacifique Sud) où coexistent différents modèles de gouvernance.

Les travaux en économie concernent prioritairement la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna, ainsi que leur environnement régional. Les axes majeurs de ces recherches sont les ressources (actuelles et futures), le développement durable, le rééquilibrage économique, social et humain, ainsi que les modèles de développement dans des contextes d'éloignement ou d'émancipation vis-à-vis de la métropole.

Dans le domaine de la gestion, les axes de recherche portent essentiellement sur l'impact du multiculturalisme au niveau du management des ressources humaines, plus généralement sur la recherche d'outils d'intermédiation entre les modèles océaniques et internationaux.

Les PUNC : <https://unc.nc/recherche/presses-universitaires/presentation/>

- Directrice : Véronique FILLOL
- Responsable éditoriale et coordinatrice : Françoise Cayrol
- Directeur de la collection LARJE : Samuel Gorohouna

Popai est un prix littéraire initié par madame Déwé Gorodey, alors vice-présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et attribué dans le cadre du SILO. Véritable gage de qualité pour les livres primés, les prix sont attribués par un jury de professionnels du livre et de la culture.



COLLECTION LARJE

Quelle insertion économique régionale pour les territoires français du Pacifique ?

Gaël Lagadec (dir.), Jeremy Ellero, Étienne Farvaque, 2016

L'indépendance des universités en Nouvelle-Calédonie

Mathias Chauchat (dir.), 2017

Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique

Guyène Nicolas (dir.), 2017

La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien

Étienne Cornut et Pascale Deumier (dir.), 2018

L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie

Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,

Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat et Catherine Ris (dir.), 2018

La Nouvelle-Calédonie face à la crise des finances publiques

Manuel Tirard (dir.), 2019

Quelle économie pour la Nouvelle-Calédonie après la période référendaire ?

Samuel Gorohouna (dir.), 2019

Précis de droit civil coutumier kanak (4^e édition) avec un lexique coutumier et un lexique des « faux-amis »

Antoine Leca, en coédition avec les Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2019

L'identité et le droit. Perspectives calédoniennes, nationales et internationales

Christine Bidaud (dir.), 2020

Les enjeux territoriaux du Pacifique

Géraldine Giraudeau (dir.), 2021

Understanding New Caledonia

Caroline Gravelat (dir.), 2021

Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ?

Matthieu Buchberger (dir.), 2021



COLLECTION LIRE

L'école calédonienne du destin commun

Stéphane Minvielle (dir.), 2018

Langues et Cultures Océaniques, École et Famille : Regards croisés

Rodica Ailincăi et Séverine Ferrière (dir.), 2021





COLLECTION RÉSONANCES

Le réveil kanak

La montée du nationalisme en Nouvelle-Calédonie

David Chappell, 2017 (Coédition avec les éditions Madrépores)



Violences réelles et violences imaginées

Adrian Muckle, 2018



COLLECTION CRESICA

Au fil de l'eau

Nouméa 2019

Workshop des 17 et 18 septembre, 2020



Biodiversité, un besoin urgent d'action en océanie

Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2020

Biodiversity, a pressing need for action in oceania

Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2019



COLLECTION La-Ni

Du quartier au Pays, Sociabilités pluriculturelles et appartenance en Nouvelle-Calédonie

Benoît Carteron, 2020



Sous le ciel de l'exil

Autobiographie poétique de Marius Julien, forçat de Nouvelle-Calédonie

Gwénael Murphy, Louis Lagarde, Eddy Banaré,
avec la contribution d'Aurélia Rabah Ben Aïssa,
2020

NOS ÉDITIONS, NOTRE RAYONNEMENT SCIENTIFIQUE



**Les presses universitaires
de Nouvelle-Calédonie :**

- Actes de colloques
- Monographies
- Revues scientifiques
- Manuels pédagogiques
- Traductions d'ouvrages de référence
sur la Nouvelle-Calédonie

Unc
UNIVERSITÉ
de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

Punc
PRESSES UNIVERSITAIRES
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

LA FONCTION PUBLIQUE DANS LE PACIFIQUE SUD

RÉFLEXION SUR LES MODÈLES DE FONCTION PUBLIQUE

Sous la direction de Charles Froger

Les différentes fonctions publiques s'organisent traditionnellement autour de deux modèles antinomiques. À la fonction publique de carrière, dans laquelle les agents des administrations sont soumis à un statut et à un droit pour partie différents du droit du travail applicable aux salariés, s'oppose la fonction publique de l'emploi, où la situation juridique des travailleurs publics et privés n'est que faiblement différenciée. L'étude des États et outre-mer français du Pacifique Sud, au-delà de ces idéaux types, montre que la plupart des fonctions publiques hybrident largement ces deux systèmes. Cet ouvrage est l'occasion de porter un regard universitaire sur les différentes formes d'organisation des fonctions publiques coexistant dans le Pacifique Sud. Il donne en outre un éclairage de droit comparé à l'heure où la Nouvelle-Calédonie intensifie sa réforme de la fonction publique.



ISBN : 979-10-91032-29-2



9 791091 032292