

**Analyse juridique et comparative des statuts applicables  
au personnel territorial dans les différentes COM,  
comparaison avec les DROM**

par Véronique BERTILE  
*Maître de conférences en droit public  
Université Montesquieu-Bordeaux IV*

Pendant longtemps, le droit français de l'outre-mer a été caractérisé par la distinction constitutionnelle entre DOM et TOM :

- Les premiers – les DOM – étaient soumis au principe dit de l'identité législative qui signifie que les lois et règlements s'y appliquent de plein droit sans nécessiter de mention expresse.
- Les seconds – les TOM – étaient pour leur part régis par le principe dit de la spécialité législative en vertu duquel, dans ces territoires, les lois et règlements ne s'appliquent *que* s'ils comportent une mention expresse à cette fin.

Cette dichotomie entre d'une part, les départements d'outre-mer soumis au principe de l'identité législative et, d'autre part, les territoires d'outre-mer régis par le principe de la spécialité législative, était certes imparfaite mais donnait une impression de simplicité et présentait la vertu de la pédagogie.

Ces temps sont révolus et le droit de l'outre-mer se caractérise aujourd'hui par une formidable complexité qui a de quoi déconcerter même le meilleur des pédagogues. Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003<sup>1</sup>, les TOM ont disparu, la distinction DOM/TOM n'existe plus et elle est remplacée textuellement par la distinction DOM/COM (collectivités d'outre-mer). *Textuellement*, car la Constitution française traite séparément des deux « catégories », les premiers étant régis par l'article 73, les secondes, par l'article 74. Une telle présentation binaire cache

---

<sup>1</sup> Loi constitutionnelle n°2003-276 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* du 29 mars 2003, p. 5568.

en réalité une grande diversité, diversité qui fait éclater, à y regarder de plus près, la notion même de catégorie et la distinction article 73/article 74 : en effet, le régime de certaines collectivités de l'article 74 les rapproche davantage de l'esprit de l'article 73 (ex de Saint-Pierre-et-Miquelon) et, inversement, le régime de certaines collectivités de l'article 73 les rapproche davantage de l'esprit de l'article 74 (ex de la Guyane et de la Martinique).

Le temps de l'uniformité est révolu et le sacrifice de la pédagogie ne sera pas vain si les « *statuts à la carte* » offerts aux différentes collectivités situées outre-mer permettent à celles-ci de trouver leur voie de développement et – osons le terme – d'épanouissement personnel.

Cette diversité statutaire de l'outre-mer a évidemment des conséquences sur la fonction publique : sur la fonction publique de l'État, l'éloignement occasionnant certaines contraintes, mais aussi et surtout sur la fonction publique territoriale, les employeurs publics territoriaux outre-mer ne se retrouvant pas dans la même situation que leurs homologues métropolitains.

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires<sup>2</sup> et la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale<sup>3</sup> forment respectivement les titres 1 et 3 du Statut général des fonctionnaires. Elles constituent le droit commun de la fonction publique territoriale. Leur application outre-mer est tantôt passée sous silence, tantôt explicitée :

- *passée sous silence* par la **loi du 13 juillet 1983** qui ne comportait, au moment de son adoption, aucune disposition relative à son application outre-mer. Ce silence emportait application de plein droit dans les départements d'outre-mer et non-application dans ce qui était encore, en 1983, les territoires d'outre-mer. L'ordonnance du 6 mai 2005 relative au régime communal et au statut des élus de certaines collectivités d'outre-mer et de Nouvelle-Calédonie<sup>4</sup> a introduit dans cette loi de 1983 deux dispositions relatives à l'outre-mer :

---

<sup>2</sup> Loi n°83-634 dite loi Le Pors.

<sup>3</sup> Loi n°84-53.

<sup>4</sup> Ordonnance n°2005-432 (article 31), *JORF* du 7 mai 2005, p. 7954.

- *L'article 7* qui étend la protection de la carrière des fonctionnaires candidats à un mandat électif ou élus aux conseils et/ou assemblées des collectivités d'outre-mer (Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, Polynésie française, Wallis-et-Futuna) et de la Nouvelle-Calédonie<sup>5</sup> ;
- *L'article 11bis* relatif aux garanties accordées aux fonctionnaires qui occupent des fonctions publiques électives qui vise les îles Wallis-et-Futuna, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française<sup>6</sup>.

Pour résumer, il convient donc de constater que la loi de 1983 s'applique en intégralité aux DOM et partiellement aux COM et à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, si toutes les dispositions de la loi de 1983 s'appliquent aux DOM, seules deux d'entre elles (les articles 7 et 11bis) s'appliquent aux COM et à la Nouvelle-Calédonie.

- **la loi du 26 janvier 1984** a, quant à elle, explicité son application outre-mer. Au moment de son adoption, son article 112 prévoyait expressément, que *« les dispositions de la présente loi sont applicables aux agents en fonctions dans les départements de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion. Elles sont également applicables (...) aux agents en fonctions à Saint-Pierre-et-Miquelon »*. Saint-Pierre-et-Miquelon étant à ce moment-là un DOM<sup>7</sup>, la précision aurait

---

<sup>5</sup> « *La carrière des fonctionnaires candidats à un mandat électif ou élus au Parlement européen, à un conseil régional, général ou municipal, au conseil général de Mayotte, au conseil territorial de Saint-Barthélemy, au conseil territorial de Saint-Martin, au conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon, au congrès, au gouvernement ou aux assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, à l'assemblée de la Polynésie française, ou élus président de la Polynésie française, ou élus à l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna ou à l'Assemblée des Français de l'étranger, ou membres du Conseil économique, social et environnemental ne peut, en aucune manière, être affectée par les votes ou les opinions émis par les intéressés au cours de leur campagne électorale ou de leur mandat* ».

<sup>6</sup> « *Sans préjudice des dispositions plus favorables qui leur seraient applicables, les fonctionnaires qui occupent des fonctions publiques électives bénéficient des garanties accordées aux titulaires de mandats locaux et du droit à la formation des élus locaux reconnu par le code général des collectivités territoriales, par la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française* ».

<sup>7</sup> Saint-Pierre-et-Miquelon a eu le statut de département d'outre-mer de 1976 à 1985 (loi n°76-664 du 19 juillet 1976 relative à l'organisation de Saint-Pierre-et-Miquelon, *JORF* du 20 juillet 1976, p. 4323 et loi n°85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon, *JORF* du 14 juin 1985, p. 6551).

pu sembler inutile si elle n'était accompagnée de l'indication que « *dans chacun de ces départements, les attributions des centres régionaux et départementaux de gestion sont confiées à un établissement public unique* ». C'est donc pour préciser l'organisation particulière des centres de gestion dans les DOM que la loi de 1984 comporte une disposition qui leur est exclusivement consacrée. Son silence relatif à son application aux autres collectivités situées outre-mer signifiait qu'elle ne s'y applique pas.

La loi du 26 janvier 1984 a connu de nombreuses modifications ultérieures et certaines ont concerné l'outre-mer :

- La référence aux « *quatre vieilles* » a été abrogée par la loi Galland du 13 juillet 1987<sup>8</sup>. Ce qui ne signifie pas que la loi ne s'y applique plus mais que la précision était superfétatoire et donc inutile ;
- L'application de la loi à Mayotte a été prévue par la loi du 19 février 2007<sup>9</sup> ;
- Et enfin, l'ordonnance du 7 octobre 2010<sup>10</sup> apporte la précision que pour l'application de certains articles<sup>11</sup>, les collectivités de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin sont assimilées à des départements.

La lecture de ces articles conduit à la conclusion que la loi de 1984 n'a pas vocation à s'appliquer aux collectivités situées outre-mer non mentionnées, à savoir, les îles Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie ; alors même que, nous l'avons vu, certaines dispositions de la loi de 1983 leur sont applicables.

---

<sup>8</sup> Loi n°87-529 modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* du 16 juillet 1987, p. 7918.

<sup>9</sup> Loi n°2007-209 relative à la fonction publique territoriale, *JORF* du 21 février 2007, p. 3041.

<sup>10</sup> Ordonnance n°2010-1180 portant extension et adaptation en Polynésie française, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon de diverses dispositions de nature législative, *JORF* du 8 octobre 2010, p. 18220.

<sup>11</sup> Articles 47 et 53 relatifs respectivement au recrutement direct pour certains emplois et à la situation en fin de détachement d'un fonctionnaire sur certains emplois.

Cette analyse de l'application du droit commun de la fonction publique territoriale aux collectivités situées outre-mer révèle d'emblée qu'il existe une fonction publique territoriale spécifique à l'outre-mer, à géométrie variable qui plus est.

La fonction publique territoriale outre-mer est tributaire non pas tant du statut constitutionnel de chaque collectivité (articles 73/74) mais d'abord et avant tout du régime législatif applicable (identité ou spécialité législative). Il n'est ainsi pas possible de simplifier en affirmant que le droit commun s'applique dans les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution et qu'un droit spécifique s'applique dans les collectivités régies par l'article 74. La situation est plus complexe que cela mais elle répond néanmoins à une certaine logique :

- les collectivités situées outre-mer qui ont opté pour le principe de l'identité législative, dont la fonction publique territoriale tend à s'aligner sur le droit commun ;
- les collectivités situées outre-mer qui ont opté pour le principe de la spécialité législative, dont la fonction publique territoriale est soumise à un droit spécifique, différent du droit commun.

Le choix entre les principes d'identité ou de spécialité législative reflète, en matière de fonction publique territoriale, la tension qui existe entre deux de ses grands principes, à savoir l'unité et la spécificité. En effet, le statut de la fonction publique territoriale est régi par trois grands principes : l'unité, la spécificité et la parité.

Le **principe d'unité** de la fonction publique territoriale repose sur le système de la carrière. Cette unité se matérialise par la loi précitée du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui contient des dispositions essentielles communes telles que l'affirmation du principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires, l'affirmation de la situation légale et réglementaire du fonctionnaire, les principales conditions d'accès à la fonction publique, les garanties, les grands principes de la carrière (distinction du grade et de l'emploi, principe du recrutement par concours, notation, dossier, discipline,

rémunération...). Outre ces principes communs, l'unité est également perceptible dans le fait que les textes traitent indistinctement des agents communaux, départementaux et régionaux.

Le **principe de spécificité** de la fonction publique territoriale est étroitement lié au principe de libre administration des collectivités territoriales garanti par la Constitution (article 72) et à la situation particulière des employeurs publics locaux. Ces derniers réclament souvent une plus grande marge de manœuvre dans le recrutement de leurs agents (et se méfient alors du recrutement par concours) et dans la gestion de leurs carrières (et militent pour un assouplissement du cadre statutaire au profit d'une logique contractuelle). Le Conseil constitutionnel a veillé à ce qu'une latitude d'action des employeurs publics locaux soit préservée ; aussi est-il venu préciser, dans sa décision relative à la loi précitée du 26 janvier 1984 le rôle de l'autorité territoriale : *« l'autorité territoriale se prononce librement sur les créations et suppressions d'emplois, procède à la nomination aux grades et emplois de la fonction publique territoriale, décide des positions statutaires, de la notation, de l'avancement d'échelon et des propositions d'avancement de grade, dispose dans les conditions du droit commun de la fonction publique du pouvoir disciplinaire et, après observation de la procédure légale, de la possibilité de licenciement pour insuffisance professionnelle »*.

L'énoncé de ces deux principes – unité et diversité – suffit à éclairer la tension, voire la contradiction, qui peut exister entre eux. Les collectivités situées outre-mer qui ont opté pour le principe de la différenciation législative suivent la voie de l'autonomie et il est dès lors compréhensible qu'elles aient mis l'accent sur le principe de spécificité de la fonction publique territoriale plus que sur celui d'unité.

Dans le contexte général de différenciation statutaire instauré, dans un premier temps, par la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000 (la fameuse LOOM)<sup>12</sup> et, dans un second temps, par la révision constitutionnelle précitée du 28 mars 2003, chaque collectivité située outre-mer est invitée à trouver sa voie et, en l'occurrence, sa fonction publique territoriale « optimale » pour son développement économique. Dès lors, la liberté de choix laissée entre le droit

---

<sup>12</sup> Loi n°2000-1207 d'orientation pour l'outre-mer, JORF du 14 décembre 2000, p. 19760. Son article premier « reconnaît à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion la possibilité de disposer à l'avenir d'une organisation institutionnelle qui leur soit propre ».

commun (I) ou un droit spécifique (II) est à saluer mais ne va pas sans poser de problèmes (III), ne serait-ce qu'en termes de mobilité des fonctionnaires...

## I. Le rapprochement du droit commun de la fonction publique territoriale pour les collectivités situées outre-mer régies par le principe de l'identité législative

Les collectivités situées outre-mer soumises au principe de l'identité législative sont :

- les **départements et les régions d'outre-mer** de l'article 73 de la Constitution, aux termes duquel : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* » ;
- mais également des COM de l'article 74 de la Constitution : il s'agit de **Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon** que la loi organique du 21 février 2007<sup>13</sup> soumet au principe d'assimilation/identité législative en prévoyant que « *les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit* » à Saint-Barthélemy<sup>14</sup>, à Saint-Martin<sup>15</sup> et à Saint-Pierre-et-

---

13<sup>e</sup> Loi organique n°2007-223 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, JORF du 22 février 2007, p. 3121.

14<sup>e</sup> Article LO.6213-1 du Code général des collectivités territoriales : « *Les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Saint-Barthélemy, à l'exception de celles intervenant dans les matières qui relèvent de la loi organique en application de l'article 74 de la Constitution ou de la compétence de la collectivité en application de l'article LO 6214-3.*

*L'applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l'organisation particulière de la collectivité de Saint-Barthélemy.*

*Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les lois et règlements relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers ainsi qu'au droit d'asile ne sont applicables à Saint-Barthélemy que sur mention expresse ».*

15<sup>e</sup> Article LO.6313-1 du Code général des collectivités territoriales : « *Les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Saint-Martin, à l'exception de celles intervenant dans les matières qui relèvent de la loi organique en application de l'article 74 de la Constitution ou de la compétence de la collectivité en application de l'article LO 6314-3.*

*L'applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l'organisation particulière de Saint-Martin.*

*Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les lois et règlements relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers ainsi qu'au droit d'asile ne sont applicables à Saint-Martin que sur mention expresse ».*

Miquelon<sup>16</sup>. Et si des exceptions sont prévues, elles ne concernent pas la fonction publique territoriale.

Ces collectivités se rapprochent du droit commun de la fonction publique territoriale. Il est plus juste de dire « *se rapprochent* » du droit commun que de dire « *appliquent* » le droit commun car il n’y a nulle part outre-mer similitude totale avec la métropole. Le statut de droit commun qu’elles appliquent s’accompagne toujours d’adaptations. Mais il est vrai que ces adaptations sont plus ou moins poussées selon les collectivités concernées. Ainsi, dans les DROM – à savoir la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion –, la seule particularité *juridique* que l’on peut relever porte sur la sur-rémunération<sup>17</sup>. Pour le reste, les « *quatre vieilles* » appliquent le droit commun de la fonction publique territoriale. Présentent des particularités plus marquées :

- **Saint-Pierre-et-Miquelon**, qui a toujours eu un traitement original ;
- **Saint-Barthélemy** et **Saint-Martin** qui, de par leur changement récent de statut, font face à des problématiques nouvelles en matière de fonction publique territoriale ;
- **Mayotte**, qui bien qu’ayant rejoint l’article 73 de la Constitution, a gardé certaines de ses singularités.

### **A. La fonction publique territoriale à Saint-Pierre-et-Miquelon**

---

<sup>16</sup> Article LO.6413-1 du Code général des collectivités territoriales : « *Les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Saint-Pierre-et-Miquelon, à l’exception de celles qui interviennent dans les matières relevant de la loi organique en application de l’article 74 de la Constitution ou dans l’une des matières relevant de la compétence de la collectivité en application du II de l’article LO 6414-1.*

*L’applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l’organisation particulière de la collectivité.*

*Le présent article entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. A compter de cette date, les lois et règlements déjà intervenus dans les matières qui ne sont pas exclues du régime de l’application de plein droit deviennent applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon, sous réserve qu’ils n’en disposent pas autrement ».*

<sup>17</sup> Loi n°50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de La Réunion, *JORF* du 6 avril 1950, p. 3707.

Département d'outre-mer au moment de l'adoption de la loi du 26 janvier 1984, Saint-Pierre-et-Miquelon se voit appliquer le droit commun de la fonction publique territoriale, à deux exceptions près :

- S'agissant de l'affiliation à un régime de retraite pour le fonctionnaire titularisé dans un emploi permanent à temps non complet<sup>18</sup> ;
- S'agissant de la composition du centre de gestion<sup>19</sup>.

Le statut fixé par la loi du 11 juin 1985<sup>20</sup>, par lequel Saint-Pierre-et-Miquelon perd le statut de département d'outre-mer et devient une « *collectivité territoriale de la République* » – sans davantage de précision –, ne change rien à cette application du droit commun en matière de fonction publique territoriale.

La loi organique du 21 février 2007<sup>21</sup> qui abroge pour une large partie ce statut fixé en 1985 et introduit, à la sixième partie du Code général des collectivités territoriales relative aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution, un livre IV consacré à Saint-Pierre-et-Miquelon, ne remet pas davantage en cause l'application du droit commun en matière de fonction publique territoriale. Celle-ci est même confortée, par l'ordonnance du 7 octobre 2010<sup>22</sup> qui assimile Saint-Pierre-et-Miquelon à un département, pour l'application de certaines dispositions de la loi du 26 janvier 1984 (articles 47 et 53 relatifs respectivement au

---

18<sup>1</sup> Non-application à Saint-Pierre-et-Miquelon du deuxième alinéa de l'article 107 de la loi relatif à l'affiliation à un régime de retraite : « *Le fonctionnaire titularisé dans un emploi permanent à temps non complet qui ne relève pas du régime de retraite de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales est affilié à une institution de retraite complémentaire régie par l'article L. 4 du code de la sécurité sociale* ».

19<sup>1</sup> Article 112, II : « *Par dérogation à l'article 13, le conseil d'administration de ce centre est constitué d'un élu local représentant la collectivité territoriale et d'un élu local représentant chaque commune* ».

20<sup>1</sup> Loi n°85-595 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon, *JORF* du 14 juin 1985, p. 6551.

21<sup>1</sup> Loi organique n°2007-223 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *JORF* du 22 février 2007, p. 3121.

22<sup>1</sup> Ordonnance n°2010-1180 portant extension et adaptation en Polynésie française, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon de diverses dispositions de nature législative, *JORF* du 8 octobre 2010, p. 18220.

recrutement direct pour certains emplois et à la situation en fin de détachement d'un fonctionnaire sur certains emplois).

Saint-Pierre-et-Miquelon applique ainsi, sans particularité notable, le droit commun de la fonction publique territoriale.

## **B. La fonction publique territoriale à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin**

Anciennes communes de la Guadeloupe, Saint-Barthélemy et Saint-Martin ont accédé, par la loi organique du 21 février 2007 précitée, au statut de collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution. Ce changement statutaire d'envergure n'est pas encore tout à fait finalisé aujourd'hui, comme en atteste, entre autres, le domaine de la fonction publique territoriale.

Les deux îles sont distinctes mais sont juridiquement soumises au même régime. En effet, les statuts fixés par la loi organique de 2007 pour chacune sont identiques et s'agissant de la fonction publique territoriale, les mêmes règles s'y appliquent. Il est dès lors possible de les traiter ensemble.

Les modalités des transferts de compétences de l'État, de la région de la Guadeloupe ou du département de la Guadeloupe vers les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin ont concerné également le personnel. Plusieurs mesures<sup>23</sup> ont ainsi été adoptées en fonction de la qualité des agents : fonctionnaires ou non titulaires (de droit public), *d'une part*, relevant de la fonction publique de l'État ou de la fonction publique territoriale, *d'autre part*.

- S'agissant des **agents non titulaires**, une première lecture rapide des textes peut laisser penser qu'agents de l'État et agents de la fonction publique territoriale de Guadeloupe sont soumis au même sort. A y regarder de plus près, des nuances existent et elles me semblent de taille :
  - les agents non titulaires de droit public **de l'État** affectés dans des services transférés définitivement deviennent agents non

---

<sup>23</sup> Articles LO.6271-8, V et suivants du Code général des collectivités territoriales pour Saint-Barthélemy et LO.6371-8, V et suivants pour Saint-Martin.

titulaires *de droit public* de la fonction publique territoriale et sont alors *employés* par la collectivité ;

- les agents non titulaires de droit public **de la fonction publique territoriale du département et de la région de la Guadeloupe** deviennent des agents non titulaires de la collectivité.

Pour ces derniers donc, n'est pas apportée la précision qu'ils seront agents *de droit public* ni qu'ils seront *employés* par la collectivité. Ces nuances peuvent paraître anodines mais elles sont en réalité significatives.

➤ S'agissant des **fonctionnaires**, le choix leur est laissé :

- les fonctionnaires **de l'État** exerçant leurs fonctions dans un service transféré à la collectivité peuvent opter :
  - *soit* pour le statut de fonctionnaire territorial,
  - *soit* pour le maintien du statut de fonctionnaire de l'État ;
- les fonctionnaires de la **fonction publique territoriale de Guadeloupe** exerçant leurs fonctions dans un service transféré peuvent opter :
  - *soit* pour la mutation vers la collectivité (Saint-Barthélemy ou Saint-Martin),
  - *soit* pour le maintien de leur affectation dans la collectivité qui les employait avant le transfert (département ou région de la Guadeloupe).

### C. La fonction publique territoriale à Mayotte

A la suite du référendum d'autodétermination des populations des Comores qui a vu les Mahorais exprimer le souhait de demeurer au sein de la République française, la loi du 24 décembre 1976<sup>24</sup> avait prévu l'intégration des agents mahorais dans la fonction publique de l'État ou de la collectivité : son article 14 renvoyait ainsi

---

24<sup>1</sup> Loi n°76-1212 relative à l'organisation de Mayotte, *JORF* du 28 décembre 1976, p. 7493.

à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer « *les conditions dans lesquelles les fonctionnaires et agents territoriaux de nationalité française résidant à Mayotte pourront être intégrés dans les cadres de l'État, de Mayotte et des communes* ». Un tel décret n'a jamais été adopté.

Mais une ordonnance en date du 29 avril 1977<sup>25</sup> est venue étendre à Mayotte, sous conditions, la loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux qui prévoit notamment que le Conseil général statue sur « *la composition, les effectifs et la rémunération du personnel départemental, lorsque la décision prise est conforme aux propositions du préfet* »<sup>26</sup>. Concrètement donc, les statuts des agents mahorais étaient fixés par des **arrêtés préfectoraux** résultant d'une décision conjointe du préfet et du Conseil général ou, pour être plus exacte, par des délibérations du Conseil général conformes aux propositions du préfet.

Il a fallu attendre 1996 pour que soit adopté, par ordonnance, un statut général des fonctionnaires de la collectivité territoriale, des communes et des établissements publics de Mayotte<sup>27</sup>. Le statut prévoyait la création de « *cadres de fonctionnaires de Mayotte* » dans lesquels étaient intégrés les fonctionnaires en fonctions au moment de son adoption<sup>28</sup>. Cette ordonnance sera abrogée 7 ans plus tard, par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003<sup>29</sup>. Cette dernière introduit dans la loi du 11 juillet 2001<sup>30</sup>, qui avait fait de Mayotte une « *collectivité départementale* », un titre relatif à la fonction publique<sup>31</sup> qui étend aux agents de la collectivité départementale,

---

25<sup>o</sup> Ordonnance n°77-449 portant extension et adaptation à la collectivité territoriale de Mayotte de la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, *JORF* du 30 avril 1977, p. 2489.

26<sup>o</sup> Article 46, 30<sup>o</sup> de la loi du 10 août 1871.

27<sup>o</sup> Ordonnance n°96-782 du 5 septembre 1996, *JORF* du 11 septembre 1996, p. 13518.

28<sup>o</sup> Article 45 : « *Les fonctionnaires titulaires de la collectivité territoriale de Mayotte, des communes et des établissements publics en relevant, appartenant aux catégories I, II et III et régis par l'arrêté préfectoral 159 RGDF du 20 juillet 1977, et les agents auxiliaires régis par l'arrêté 160 RGDF du 20 juillet 1977 sont intégrés dans les cadres de fonctionnaires de Mayotte créés en application du présent statut, au titre de la constitution initiale de ces cadres. Ils sont classés dans leur cadre de fonctionnaires en prenant en compte la durée totale des services qu'ils ont accomplis. Ils conservent les avantages qu'ils ont individuellement acquis en matière de rémunération.*

*Les agents contractuels en fonctions à la date de publication de la présente ordonnance peuvent être titularisés dans un cadre de fonctionnaires de Mayotte dans les conditions prévues par les statuts particuliers ».*

29<sup>o</sup> Loi n°2003-660, *JORF* du 22 juillet 2003, p. 12320.

30<sup>o</sup> Loi n°2001-616 relative à Mayotte, *JORF* du 13 juillet 2001, p. 11199.

31 Titre VI bis, article 64-1.

des communes et des établissements publics de Mayotte le bénéfice des lois du 13 juillet 1983 et du 26 janvier 1984, selon des modalités particulières néanmoins puisqu'il est prévu que des décrets en Conseil d'État puissent déroger à certaines de leurs dispositions « *pour tenir compte des spécificités locales, notamment en ce qui concerne les organismes consultatifs de la fonction publique et leurs compétences et en matière de recrutement et de nomination ou intégration dans les corps et cadres d'emplois* ». Est alors prévue :

- L'intégration des agents titulaires *au plus tard* le 31 décembre 2010, soit dans les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale, **soit dans des corps ou cadres d'emplois de la fonction publique territoriale créés le cas échéant à cet effet, à titre transitoire**, pour l'administration de Mayotte, cadres d'emplois classés hors catégorie pour la fixation de leurs indices de traitement.
- Est également prévue l'intégration des agents non titulaires occupant un emploi permanent, lesquels « *ont vocation à être titularisés, sur leur demande, au plus tard le 31 décembre 2010* ».

Tant que les agents ne sont pas nommés dans un corps ou un cadre d'emplois, ils restent soumis aux dispositions statutaires qui leur étaient jusqu'alors applicables et qui peuvent être adaptées. Il résulte de la combinaison de ces textes que les agents mahorais sont soumis au statut général de la fonction publique mais pour certains, les statuts particuliers relevaient encore de règles de droit local établies par arrêté préfectoral.

L'application du Statut général de la fonction publique à Mayotte a donc été prévue par la loi du 21 juillet 2003 qui a posé le principe de l'intégration progressive des agents mahorais notamment dans les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale. Ce principe de l'intégration ne va pas sans rencontrer de difficultés :

- Une des difficultés réside dans le fait qu'il existe une imbrication entre les services de l'État et ceux de la collectivité, qui ne permet pas toujours une identification claire de l'identité des services, des agents de la collectivité travaillant pour l'État et réciproquement.
-

- Un autre obstacle était la rémunération : plus de la moitié des agents en service étaient rémunérés en dessous de l'indice brut 100 de la fonction publique (854 euros par mois), seuil nécessaire pour leur intégration. La création de corps et cadres d'emplois transitoires – qualifiés de corps-passerelles – devait servir de relais d'accueil et de viatique à l'intégration des agents dont la carrière devait faire l'objet d'une accélération afin que tous les agents de Mayotte puissent remplir les conditions minimales d'intégration avant le 31 décembre 2010.

Cette affirmation législative de l'application du Statut général de la fonction publique à Mayotte s'est nécessairement accompagnée d'une batterie de textes réglementaires. Je n'en citerai que deux :

Un décret du 30 décembre 2004<sup>32</sup> est venu fixer les conditions d'intégration et de titularisation dans les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale de certains agents publics de la collectivité départementale, des communes et des établissements publics administratifs de Mayotte. Il a prévu la création d'échelons provisoires pour l'administration de Mayotte dans certains cadres d'emplois de la fonction publique territoriale (attachés territoriaux, rédacteurs territoriaux, contrôleurs territoriaux de travaux). Il a, par ailleurs, institué un centre de gestion à Mayotte.

Un décret du 12 décembre 2006<sup>33</sup> a revalorisé et accéléré la carrière des agents dans les corps de la fonction publique de la collectivité en réduisant le temps passé dans chacun des échelons. Il a, en outre, fixé le traitement de ces agents à un niveau égal ou immédiatement supérieur au SMIG. Cette revalorisation, conjuguée à la progression du SMIG appliqué à Mayotte, a compromis le processus de transition vers l'intégration.

La loi du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale a apporté la précision que les cadres d'emplois créés, classés hors catégorie au départ, sont

---

32<sup>e</sup> Décret n°2004-1526, *JORF* du 31 décembre 2004, p.22746.

33<sup>e</sup> Décret n°2006-1583, *JORF* du 13 décembre 2006, p. 18831.

assimilés à des cadres d'emplois classés en catégorie C. Une trentaine de décrets statutaires nécessaires à l'intégration ont été adoptés, par la suite, dans les différentes filières.

Un rapport d'information fait au nom de la Commission des lois du Sénat rendu le 18 juillet 2012<sup>34</sup> relève que les agents territoriaux qui appartenaient, avant la départementalisation, à la fonction publique mahoraise qui disposait de son propre système d'indices, sont aujourd'hui intégrés dans la fonction publique de droit commun mais ne bénéficient pas d'une augmentation de leur salaire alors que leurs cotisations sociales ont fortement augmenté. Le processus d'intégration n'est donc pas achevé.

## **II. La distanciation du droit commun de la fonction publique territoriale pour les collectivités régies par le principe de la spécialité législative**

D'autres collectivités situées outre-mer s'éloignent du droit commun et ne se voient pas appliquer le Statut général de la fonction publique. Ces collectivités ont adopté des statuts de la fonction publique territoriale qui leur sont propres.

### **A. La fonction publique territoriale à Wallis-et-Futuna**

Les îles Wallis-et-Futuna sont régies par la loi du 29 juillet 1961<sup>35</sup>. Elles relèvent de l'article 74 de la Constitution et sont soumises à un régime de spécialité législative bien que la collectivité ne dispose que de compétences territoriales réduites. Il n'y a pas à ce jour de statut de la fonction publique territoriale mais un ensemble de textes émanant de l'assemblée territoriale et de l'administrateur supérieur. Les agents permanents de Wallis-et-Futuna sont ainsi régis par un arrêté préfectoral du 23 septembre 1976, dont les dispositions sont devenues obsolètes au regard des évolutions statutaires nationales.

---

<sup>34</sup> *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, Rapport d'information n°675 (2011-2012) de MM. Jean-Pierre SUEUR, Christian COINTAT et Félix DESPLAN.

<sup>35</sup> Loi n° 61-814 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, *JORF* du 30 juillet 1961, p. 7019

La particularité des îles Wallis-et-Futuna en matière de fonction publique territoriale tient sans nul doute au régime juridique applicable aux agents publics dits permanents, qui exercent leur activité pour la collectivité territoriale mais qui sont placés sous l'autorité du préfet, administrateur supérieur<sup>36</sup>. Ce dernier a la double qualité de représentant de l'État et de chef du territoire. Il y a donc une confusion, à propos de ces agents, entre le service de l'État et celui de la collectivité. Ils sont néanmoins rétribués sur le budget de l'État. La particularité de leur statut tient au fait que ces agents non titulaires sont soumis au droit privé. Ce régime découle du Code du travail applicable dans les territoires et territoires associés relevant des ministères de la France d'outre-mer institué par la loi du 15 décembre 1952<sup>37</sup>. Si les « *personnes nommées dans un emploi permanent d'un cadre d'une administration publique* », c'est-à-dire les fonctionnaires, ne sont pas soumis aux dispositions de ce Code du travail, les agents publics non titulaires<sup>38</sup> entrent, eux, dans son champ d'application puisqu'ils répondent à la définition du « *travailleur* » qui y est posée : « *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. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte **ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé*** ». Les agents non titulaires relèvent dès lors de la juridiction des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Ce régime juridique déroge doublement au droit commun :

- *d'une part*, il existe un Code du travail propre aux îles Wallis-et-Futuna qui déroge au droit du travail en vigueur en métropole et dans les DOM ;
- *d'autre part*, les agents contractuels employés par la collectivité des îles Wallis-et-Futuna sont soumis à ce Code du travail alors que selon le droit commun, ils devraient avoir la qualité d'agents publics relevant des tribunaux administratifs.

---

36<sup>e</sup> Arrêté préfectoral n°76 du 23 septembre 1976 portant statut des agents permanents de l'administration.

37<sup>e</sup> Loi n°52-1322, *JORF* du 16 décembre 1952, p. 11541.

38<sup>e</sup> Telle est l'interprétation du Tribunal des conflits : voir par exemple, TC 28 mars 1955 *Laborde*.

De par cette situation, la nécessité d'une modernisation et d'une adaptation du droit de la fonction publique est certainement davantage perceptible dans les îles Wallis-et-Futuna qu'ailleurs en outre-mer. La loi du 21 février 2007<sup>39</sup> portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer a autorisé le gouvernement à prendre, par ordonnance, des dispositions relatives à l'intégration dans la fonction publique de l'État de *certain*s agents du territoire de Wallis-et-Futuna, les fameux « *agents permanents* ». Les discussions sur l'adoption d'un statut de la fonction publique territoriale sont toujours en cours : elles avaient été engagées en 1999 et par la délibération n°56 AT 99 du 30 novembre 1999, l'assemblée a même adopté les deux premiers titres d'un projet de statut. Mais cette délibération n'a pas été rendue exécutoire. En 2011, la question a été posée à nouveau par le sénateur de Wallis-et-Futuna (M. Robert Laufoaulu)<sup>40</sup>. Dans sa réponse<sup>41</sup>, la ministre de l'outre-mer (Marie-Luce Penchard) avait indiqué qu'un projet de statut était en préparation mais ce dernier n'a pas non plus vu le jour. L'actualité y répond puisque lors du Conseil des ministres du 23 janvier dernier, la ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique (Marylise Lebranchu) a présenté l'ordonnance tant attendue. L'ordonnance définit le régime juridique des agents permanents relevant des services de l'État ou des circonscriptions territoriales de Wallis et Futuna par référence aux dispositions de la loi du 13 juillet 1983. Elle confère à ces agents un statut de droit public. Un décret en Conseil d'Etat doit désormais être adopté.

## **B. La fonction publique territoriale en Polynésie française**

La loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale ne porte aucune mention explicite quant à son application en Polynésie française. En vertu du principe de spécialité législative, ce silence emporte non-application. La Polynésie française n'est donc pas soumise au droit commun de la fonction publique territoriale.

---

39<sup>o</sup> Loi n°2007-224

40<sup>o</sup> Question orale sans débat n°1429S de M. Robert Laufoaulu (Iles Wallis et Futuna - UMP), *JO Sénat* du 20 octobre 2011, p. 2668.

41<sup>o</sup> Réponse du Ministère chargé de l'outre-mer, *JO Sénat* du 23 novembre 2011, p. 8209.

Une loi du 17 juillet 1986<sup>42</sup> a institué un droit du travail spécial à la Polynésie française qui s'appliquait aux agents publics locaux non titulaires, lesquels étaient donc soumis au droit privé. En 1995, l'assemblée territoriale a adopté son statut général de la fonction publique territoriale<sup>43</sup> et avait, à cette occasion, souhaité conférer à ces agents non titulaires un statut de droit public mais ses délibérations ont été annulées par le Conseil d'État<sup>44</sup>. C'est la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 qui vient exclure les agents non titulaires du champ d'application de la loi de 1986 et par une délibération de l'assemblée territoriale du 22 janvier 2004<sup>45</sup>, ces agents se sont vus conférer un statut de droit public.

La loi organique du 27 février 2004<sup>46</sup> portant statut d'autonomie de la Polynésie française prévoit le régime d'applicabilité des lois et règlements sur le territoire :

- Le *principe* est que seuls les lois et règlements qui comportent une mention expresse sont applicables en Polynésie française ;
- L'*exception* est constituée par une liste de matières limitativement énumérées<sup>47</sup> dans lesquelles les lois et règlements sont applicables de plein droit en Polynésie. Y figurent celles relatives aux statuts des agents publics de l'État. En revanche, ne sont pas mentionnées celles relatives à la fonction publique territoriale.

---

42<sup>1</sup> Loi n°86-845 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 française, *JORF* du 19 juillet 1986, p. 8931.

43<sup>1</sup> Délibérations n°95-215 à 95-225 du 14 décembre 1995.

44<sup>1</sup> CE 20 octobre 2000 *Gouvernement de Polynésie française*, n°217515.

45<sup>1</sup> Délibération n°2004-15.

46<sup>1</sup> Loi organique n°2004-192, *JORF* du 2 mars 2004 p. 4183.

47<sup>1</sup> Pouvoirs publics constitutionnels de la République ; défense nationale ; domaine public de l'État ; nationalité, état et capacité des personnes ; lois qui portent autorisation de ratifier ou d'approuver les engagements internationaux et décrets qui décident de leur publication.

La Polynésie française dispose ainsi d'une fonction publique territoriale qui lui est propre et qui résulte de délibérations de son assemblée adoptées en 1995<sup>48</sup>. Dans un arrêt du 6 novembre 2007<sup>49</sup>, la Cour administrative d'appel de Paris a jugé que l'assemblée de la Polynésie française a compétence non seulement pour définir le statut des fonctionnaires de la Polynésie française mais qu'elle peut aussi créer un statut propre à ses agents, « *sous réserve que leur recrutement s'effectue dans le respect des règles applicables aux agents employés par les services de la Polynésie française* ». La Cour valide ainsi la délibération du 29 décembre 2004 par laquelle l'assemblée a établi un statut du personnel de l'Assemblée de la Polynésie française distinct de celui applicable aux autres agents de la Polynésie française.

Le statut des fonctionnaires de la Polynésie française n'a toutefois pas vocation à s'appliquer aux agents des communes de Polynésie, la loi organique de 2004 ayant confié à l'État le soin de déterminer les règles en matière de fonction publique communale<sup>50</sup>. Le statut général des fonctionnaires des communes de la Polynésie française a ainsi été fixé par une ordonnance du 4 janvier 2005<sup>51</sup>. Celle-ci n'ayant reçu aucun commencement d'application, le statut a été remis en chantier par le législateur. La loi du 15 juin 2011<sup>52</sup> a cette fois été suivie de son décret d'application<sup>53</sup>. Le législateur a souhaité aligner la fonction publique communale polynésienne sur les grands principes qui régissent la fonction publique territoriale, tout en respectant certaines spécificités locales. A côté de la fonction publique de Polynésie française se met ainsi en place une fonction publique communale originale, dont la finalité est l'intégration des agents communaux employés dans les 48 communes de la Polynésie.

---

48<sup>o</sup> Délibérations n°95-215 à 95-225 du 14 décembre 1995.

49<sup>o</sup> CAA Paris *Assemblée de la Polynésie française*, n°07PA00220, *AJDA*, 2008, p. 484.

50<sup>o</sup> Article 14, 10°.

51<sup>o</sup> Ordonnance n°2005-10 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs, *JORF* du 7 janvier 2005, p. 330.

52<sup>o</sup> Loi n°2011-664 actualisant l'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, *JORF* du 16 juin 2011, p. 10178.

53<sup>o</sup> Décret n°2011-1040 du 29 août 2011 fixant les règles communes applicables aux fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs, *JORF* du 1<sup>er</sup> septembre 2011, p. 14838.

Le statut général des fonctionnaires communaux polynésiens prévoit notamment la création de quatre catégories de cadres d'emplois. Ces quatre catégories correspondent à l'équivalent de la classification des corps et cadres d'emplois métropolitains en A, B, C et, autrefois, D. Pour la Polynésie, ces catégories sont désignées, dans l'ordre hiérarchique décroissant :

- Conception et encadrement ;
- Maîtrise ;
- Application ;
- Exécution.

Il est assez curieux d'avoir créé quatre catégories et notamment, l'équivalent d'une catégorie D qui n'existe plus en métropole<sup>54</sup>, d'autant que la frontière entre « application » et « exécution » semble floue. Mais il est vrai que le statut des fonctionnaires du territoire de la Polynésie (délibération n°95-215 AT du 14 décembre 1995) comporte lui aussi 4 catégories, comme c'est le cas, d'ailleurs, en Nouvelle-Calédonie.

### **C. La fonction publique territoriale en Nouvelle-Calédonie**

La répartition des compétences entre l'État et la collectivité a conduit, en Polynésie française, à distinguer fonction publique territoriale et fonction publique communale, la première relevant de la compétence de l'assemblée alors que la seconde ressort de la compétence de l'État. En Nouvelle-Calédonie, une telle répartition n'a pas été faite et la collectivité a reçu la charge, par la loi organique du 19 mars 1999<sup>55</sup>, de la « *fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes* ». Il existe ainsi en Nouvelle-Calédonie une fonction publique territoriale propre, dérogatoire du droit commun.

Les règles de cette fonction publique territoriale propre avaient d'ores et déjà été fixées par différents textes :

---

<sup>54</sup> Abandon en 1990 de la catégorie D suite au « Protocole Durafour » (les anciens agents de la catégorie D sont désormais intégrés dans la catégorie C).

<sup>55</sup> Loi organique n°99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie (article 22, 14°), *JORF* du 21 mars 1999, p. 4197.

- un arrêté du 22 août 1953<sup>56</sup> portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux ;
- une délibération du 24 juillet 1990<sup>57</sup> portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux ;
- une délibération du 10 août 1994<sup>58</sup> portant création du statut général des fonctionnaires des communes de Nouvelle-Calédonie.

Il ressort de ces textes qu'il existe, en réalité, deux statuts de la fonction publique territoriale, l'un applicable aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et de ses provinces, l'autre aux fonctionnaires des communes de Nouvelle-Calédonie. Et si une mobilité entre ces deux fonctions publiques locales est prévue, aucune vers la fonction publique territoriale « *de métropole* », laquelle ne peut être intégrée par les agents territoriaux que par la position du détachement.

La spécificité de la fonction publique territoriale en Nouvelle-Calédonie est étroitement liée à son statut constitutionnel à part : titre à part dans la Constitution (titre XIII). Sa singularité est telle que la Nouvelle-Calédonie n'est plus considérée comme une collectivité territoriale de la République (CE 13 décembre 2006 *Genelle*).

### **III. Enjeux et perspectives de la fonction publique territoriale outre-mer**

Le panorama esquissé des statuts applicables au personnel territorial dans les différentes collectivités situées outre-mer soulève inmanquablement diverses interrogations : interrogations quant à l'évolution de la fonction publique territoriale dans les différents outre-mer mais aussi interrogations quant à la nature de cette fonction publique territoriale et de son lien avec la fonction publique territoriale de droit commun, voire avec la fonction publique elle-même.

---

56<sup>o</sup> Arrêté n°1065.

57<sup>o</sup> Délibération n°81.

58<sup>o</sup> Délibération n°486.

## **A. La fonction publique territoriale outre-mer : des courants contraires**

Les collectivités situées outre-mer ont, au-delà de leur statut constitutionnel (articles 73 et 74), adopté une fonction publique territoriale qui tantôt les rapproche du droit commun, tantôt les en éloigne. Ce choix en matière de fonction publique territoriale a suivi, a été dicté par le choix qu'elles ont opéré s'agissant de leur régime législatif :

- les collectivités régies par le principe d'identité législative se rapprochent du droit commun, y compris en matière de fonction publique territoriale ;
- celles qui sont régies par le principe de la spécialité législative s'éloignent du droit commun, y compris en matière de fonction publique territoriale.

Il appartient aujourd'hui à chaque collectivité de trouver sa place dans la République. La différenciation statutaire le permet désormais. L'organisation de la fonction publique territoriale doit suivre le projet de société choisi par chaque collectivité située outre-mer. Le temps de l'uniformité est révolu ; il faut s'en réjouir puisqu'à la vision dogmatique de l'unité à tout prix – au mépris des particularités locales et parfois du bon sens pratique – succède une vision pragmatique plus adaptée à l'objectif de développement des territoires. Quand les contraintes sont différentes, il est de bon sens d'adopter des statuts différents, des statuts adaptés. Les collectivités situées outre-mer ont aujourd'hui des choix de société différents.

Les COM ont très tôt suivi chacune leur trajectoire – rapprochement du droit commun pour Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte ; éloignement du droit commun pour la Polynésie française, Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy et Saint-Martin (et la Nouvelle-Calédonie qui n'est même plus une COM).

Les DOM ont, pendant longtemps, partagé un destin commun. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Le mouvement d'éloignement du droit commun gagne aussi certains DOM, toutes proportions gardées. La Guyane et la Martinique se sont ainsi engagées

sur la voie de la différenciation institutionnelle en devenant collectivité unique<sup>59</sup>, sans pour autant changer de statut constitutionnel, c'est-à-dire en restant dans l'article 73. Cette transformation se fait, pour prendre une expression à la mode, à *moyens constants* : les ressources budgétaires de ces deux collectivités uniques seront constituées par le cumul de celles de l'ancien département et de l'ancienne région (impôts locaux, taxes et dotations de l'État). S'agissant des moyens humains, le principe retenu est que la fusion n'entraîne aucun licenciement : tous les agents conserveront un poste au sein de la collectivité unique. Il est néanmoins d'ores et déjà prévu qu'au fur et à mesure des départs, les collectivités pourront procéder à une réorganisation du personnel. Nul doute donc que la transformation en collectivité unique, qui offre à la Martinique et à la Guyane une plus grande autonomie, aura un impact sur la fonction publique territoriale.

A contre-courant de la voie empruntée par ces départements français d'Amérique, les départements français de l'océan Indien – puisqu'ils sont deux maintenant, Mayotte ayant rejoint La Réunion – ont fait des choix statutaires qui les cristallisent dans la départementalisation et, en matière de fonction publique territoriale, les rapprochent du droit commun.

Avec les « *statuts à la carte* » offerts aux différentes collectivités situées outre-mer, le carcan institutionnel devient obsolète et fait éclater la distinction entre assimilation et spécialité législatives. En effet où est la frontière entre une identité législative très adaptée (Guyane, Martinique) et une spécialité législative sans particularités (Saint-Pierre-et-Miquelon) ? Le curseur est parfois difficile à placer.

## **B. Des « statuts sur mesure » synonymes de fermeture ?**

L'existence d'une fonction publique territoriale adaptée et donc « optimale » est indéniablement un facteur de développement économique. Mais en ce qu'elle est liée à des solutions purement locales, variables d'une collectivité à une autre, elle repose sur le recrutement local et se présente comme un frein à la mobilité.

---

<sup>59</sup> Loi n°2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, *JORF* du 28 juillet 2011, p. 12821.

Recrutement local ne signifie pas préférence régionale. Une telle préférence régionale, contraire au principe d'égalité, n'a été juridiquement acceptée que dans le cadre très particulier de la Nouvelle-Calédonie. Conformément à l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998<sup>60</sup>, la Constitution<sup>61</sup> reconnaît la citoyenneté néo-calédonienne et crée, au profit des citoyens néo-calédoniens, un droit préférentiel d'accès aux emplois locaux qui vaut aussi bien pour le secteur privé que pour la fonction publique territoriale<sup>62</sup>. Un tel accès préférentiel aux emplois publics locaux n'a pas été consacré en Polynésie française. La loi organique du 27 février 2004 a néanmoins prévu que « à égalité de mérites »<sup>63</sup>, la Polynésie française peut prendre des mesures favorisant l'accès aux emplois de la fonction publique de la Polynésie française et des communes au bénéfice 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. Une telle discrimination positive est toutefois strictement contrôlée : dans un arrêt du 25 novembre 2009, le Conseil d'Etat a annulé une loi du pays prévoyant que le recrutement des fonctionnaires de la Polynésie française par concours externe s'effectue par voie de deux concours dans les cadres d'emplois des catégories A (à l'exception de ceux qui relèvent des filières de la santé et de la recherche), B, C et D, dont l'un est ouvert aux seuls résidents à hauteur de 95 % des postes à pourvoir<sup>64</sup>. Hormis le cas particulier de la Nouvelle-Calédonie, la préférence régionale n'est pas une mesure acceptée en droit français ; son introduction exigerait une révision de la Constitution.

Selon l'article 14 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, la mobilité entre les fonctions publiques – appelée *mobilité transversale* – et à l'intérieur de chacune d'elles – appelée *mobilité horizontale* – constitue une « *garantie fondamentale* » de la carrière des fonctionnaires. Cette garantie a été

---

60<sup>1</sup> JORF du 27 mai 1998, p. 8039.

61<sup>1</sup> Article 77, issu de la loi constitutionnelle n°98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF du 21 juillet 1998, p. 11143.

62<sup>1</sup> Article 3.1.1. de l'Accord de Nouméa.

63<sup>1</sup> Article 18, alinéa 2.

64<sup>1</sup> CE 25 novembre 2009 *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, n°328 776.

récemment renforcée par une loi du 3 août 2009<sup>65</sup>. Ces dispositions des statuts s'appliquent dans les collectivités situées outre-mer qui se rapprochent du droit commun mais ne s'appliquent pas dans les collectivités situées outre-mer qui s'éloignent du droit commun, à savoir Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie.

Si cet état du droit empêche les fonctionnaires territoriaux « métropolitains » de venir travailler outre-mer et répond en cela à une certaine volonté politique liée à la préférence régionale, en sens inverse, il ne permet pas non plus aux fonctionnaires territoriaux « ultramarins » de rejoindre la fonction publique territoriale de droit commun (en métropole ou dans d'autres collectivités situées outre-mer). De même, il complique le « retour au pays natal » pour les agents originaires de l'outre-mer qui ont poursuivi leurs études en métropole et y ont intégré une fonction publique.

Il est pourtant envisageable de prévoir dans les textes une procédure permettant une telle mobilité pour les fonctionnaires territoriaux, que ce soit dans un sens ou dans l'autre.

Ces caractéristiques de la fonction publique territoriale outre-mer mettent à mal le troisième grand principe de la fonction publique territoriale, celui de la parité entre fonctions publiques (fonction publique d'État, fonction publique territoriale et fonction publique hospitalière). Ce principe de parité, qui est d'origine jurisprudentielle et non législative, est très critiqué. Il comporte deux volets : la mobilité et l'égalité. Outre la mobilité déjà évoquée, le volet égalité de la parité vaut notamment pour la rémunération et sur cet aspect là aussi, la spécificité outre-mer marquée par la sur-rémunération porte atteinte à ce principe de parité.

### **C. Perspectives de la fonction publique territoriale outre-mer**

Après avoir fait un état des lieux de la fonction publique territoriale outre-mer, il importe d'envisager les améliorations possibles et souhaitables. Deux points exigent particulièrement d'être abordés :

---

<sup>65</sup> Loi n°2009-972 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* du 6 août 2009, p. 13116.

- le régime juridique des agents non titulaires de la fonction publique territoriale ;
- la marge de manœuvre des employeurs publics locaux en matière de fonction publique territoriale.

*Le régime juridique des agents non titulaires de la fonction publique territoriale* – La référence générique au « personnel territorial » ou aux « agents territoriaux » recouvre en réalité des situations juridiques fort différentes. Il faut en effet distinguer sous cette appellation 3 cas :

- le cas des **fonctionnaires** *stricto sensu*, c'est-à-dire des « personnes qui (...) ont été nommées dans un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative des communes, des départements, des régions ou des établissements publics en relevant »<sup>66</sup>. Les fonctionnaires sont, selon l'expression consacrée, dans une situation statutaire et réglementaire. Ils jouissent de toutes les garanties attachées à leur statut et notamment de la garantie de l'emploi.
- Le cas des **agents non titulaires**, qui ne se trouvent pas dans une situation statutaire et réglementaire mais contractuelle. Certes, le recrutement de ces agents non titulaires que ce soit sur un emploi non permanent ou sur un emploi permanent devrait, selon la loi du 26 janvier 1984 revêtir un caractère exceptionnel mais la réalité outre-mer est toute autre. Au sein de cette catégorie, il convient qui plus est de distinguer à nouveau puisque les agents contractuels peuvent relever du **droit public** comme du **droit privé**.

Relèvent du droit public les agents contractuels employés au sein d'un service public administratif (SPA) : si la jurisprudence a connu quelques égarements<sup>67</sup>, elle a été fixée et simplifiée par la décision *Berkani* du Tribunal des conflits en date du 25

---

<sup>66</sup> Article 2 de la loi du 26 janvier 1984 (« (...) à l'exception des agents comptables des caisses de crédit municipal »).

<sup>67</sup> Jurisprudence qui distinguait selon que l'agent participait ou non à l'exécution même du service public : CE Sect 4 juin 1954 *Vingtain et Affortit*, TC 25 novembre 1963 *Dame Veuve Mazerand*.

mars 1996. Depuis lors, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'une personne publique au sein d'un SPA sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. En cas de litige, la compétence relève du juge administratif.

D'autres agents demeurent soumis au droit privé, soit en vertu de la jurisprudence, soit en vertu de la loi :

- en vertu de la jurisprudence : les agents des services publics industriels et commerciaux (SPIC) mais aussi les agents recrutés pour gérer le domaine privé d'une personne publique ;

- en vertu de la loi : les contrats aidés (contrats « emploi-consolidé », « emploi-solidarité », « emplois-jeunes », « contrat d'avenir », « emploi d'avenir »<sup>68</sup>) sont de droit privé et relèvent en cas de litige du juge judiciaire. Le législateur a voulu éviter l'application de la jurisprudence *Berkani* et la création d'une nouvelle catégorie d'agents publics ayant vocation à être titularisés.

Dans certaines collectivités situées outre-mer, la jurisprudence *Berkani* ne s'est longtemps pas appliquée – Mayotte, Polynésie française – et dans l'une d'entre elles, elle ne s'applique toujours pas. Ainsi en est-il à Wallis-et-Futuna où s'applique la loi de 1952. Saisi, en 2005, par un agent territorial, le tribunal administratif de Mata-Utu a confirmé cet état du droit, en déclarant son incompétence. Cette différence de situation juridique applicable à des agents qui accomplissent les mêmes fonctions selon le territoire dans lequel ils se trouvent n'est pas acceptable dans le droit d'un État unitaire. En effet, la question du régime juridique applicable aux agents non titulaires ne devrait pas être affectée par le statut constitutionnel choisi par la collectivité. Il faudrait donc, sur cette question, régler la situation des agents non titulaires à Wallis-et-Futuna et les soumettre au droit public.

---

68° Loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir, *JORF* du 27 octobre 2012, p. 16688.

Sous l'influence du droit de l'Union européenne, la loi du 26 juillet 2005<sup>69</sup> a introduit le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale. Les nouvelles dispositions concernent essentiellement le recours aux agents non titulaires sur des emplois permanents. Elles visent à limiter les possibilités de renouvellement de certains contrats<sup>70</sup>. La durée des CDD successifs ne peut désormais excéder 6 ans, période maximum à l'issue de laquelle, si ces contrats sont reconduits, ils ne peuvent l'être que par décision expresse et pour une durée indéterminée (CDI).

*La marge de manœuvre des employeurs publics locaux en matière de fonction publique territoriale* – Jusqu'où les collectivités situées outre-mer peuvent-elles aller en matière d'emploi local ? Nous avons vu que la préférence régionale ne peut être instituée sans révision préalable de la Constitution. La répartition des compétences entre le législateur et les autorités locales résulte de la combinaison des articles 34, 72 et 74 de la Constitution. En matière de fonction publique territoriale, il ressort que :

- la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ainsi que ceux du droit du travail. Si l'article 34 prévoit que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État, il ne dit mot s'agissant de la fonction publique territoriale ;
- dans les conditions prévues par la loi, les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ;
- les COM dotées de l'autonomie peuvent déterminer dans leur statut les conditions dans lesquelles des mesures justifiées par les nécessités locales

---

69<sup>e</sup> Loi n°2005-843 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* du 27 juillet 2005, p. 12183.

70<sup>e</sup> - dans les communes de moins de 1 000 habitants et dans les groupements de communes dont la moyenne arithmétique du nombre d'habitants ne dépasse pas ce seuil, sur des emplois permanents à temps non complet pour lesquels la durée de travail n'excède pas 17h30 par semaine,  
- sur des emplois permanents lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois pour les fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes (catégories A, B ou C),  
- sur les emplois du niveau de la catégorie A lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient.

peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi.

A la lecture de ces articles, la marge de manœuvre des collectivités situées outre-mer –exception faite de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie – peut sembler mince. Néanmoins, les révisions constitutionnelles de 2003 et de 2008 ont mis à la disposition des collectivités territoriales en général et des collectivités situées outre-mer en particulier des mécanismes d'expérimentation, d'adaptation et de dérogation législatives qui n'ont été que très insuffisamment exploités jusqu'à présent. Ces mécanismes peuvent servir, en matière de fonction publique territoriale, à adapter le droit aux besoins locaux. Pour ne prendre qu'un exemple, il serait possible, au regard de la fonction sociale endossée notamment par les communes d'outre-mer, de prévoir une adaptation de la règle selon laquelle le recrutement des agents non titulaires doit demeurer exceptionnel. La jurisprudence du Conseil d'Etat autorise à faire varier les conditions de recrutement et par conséquent les avantages afférents en fonction des besoins sur les territoires considérés<sup>71</sup>.

Pour conclure, je dirai qu'on a pensé la fonction publique territoriale outre-mer par rapport à la fonction publique territoriale de métropole. Dans le cadre d'un Etat unitaire, c'est bien entendu la logique qui prévalait. Maintenant, avec les différenciations statutaires qui sont offertes à l'outre-mer, il est temps de penser une fonction publique territoriale outre-mer non plus par rapport à la métropole mais par rapport aux réalités locales.

---

<sup>71</sup> CE 11 juillet 2001 *Syndicat départemental CFDT de la direction départementale de l'équipement du Gard*, Rec. p. 339 : « eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que les agents publics soient répartis sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités du service, le gouvernement a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre agents d'un même corps, prévoir que le montant de "l'indemnité spécifique de service" - qui est distincte du traitement - varierait selon les départements et chercher ainsi à remédier par cette incitation financière aux déséquilibres constatés dans les demandes d'affectation et les vacances d'emplois ».