



HAL
open science

L'indépendance des universités ; la question du transfert au titre de l'article 27 de la loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie

Mathias Chauchat

► To cite this version:

Mathias Chauchat. L'indépendance des universités ; la question du transfert au titre de l'article 27 de la loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie. L'indépendance des universités, Nov 2016, Nouméa, Nouvelle-Calédonie. hal-03059746

HAL Id: hal-03059746

<https://unc.hal.science/hal-03059746v1>

Submitted on 13 Dec 2020

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.

L'INDEPENDANCE DES UNIVERSITES

La question du transfert au titre de l'article 27

La Nouvelle-Calédonie est un pays compliqué et expliquer chaque point de l'Accord de Nouméa ou chaque article de la loi organique, particulièrement l'article 27, revient à discourir sur des malentendus.

L'article 27 ouvre un dispositif spécial, dit « à double clé », pour les derniers transferts en dehors du bloc des compétences régaliennes. L'initiative part du Congrès à la majorité simple.

Art. 27 LO 99-209 : « *Le congrès peut, à partir du début de son mandat commençant en 2009, adopter une résolution tendant à ce que lui soient transférées, par une loi organique ultérieure, les compétences suivantes :*

- *Règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics, contrôle de légalité des provinces, des communes et de leurs établissements publics, régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics ;*
- *Enseignement supérieur ;*
- *Communication audiovisuelle ».*

C'est d'autant plus compliqué que certains diront que c'est surtout inutile. On ne transférera jamais l'enseignement supérieur, parce que personne ne le demandera ; et d'ailleurs le 15^{ème} Comité des Signataires, qui vient de s'achever à Paris le 7 novembre 2016, ne l'a pas demandé. Et pourtant, le Conseil d'État a déjà planché sur la question, saisi en février 2016. Il a rendu un long avis n° 391.434 du 5 juillet 2016¹. Dans ce pays imprévisible, on peut penser, voire souhaiter, que l'Accord de Nouméa n'aille pas à son terme suivant la malédiction des décolonisations françaises, mais on peut penser aussi, voire souhaiter, qu'il aille à son terme, qui est l'émancipation du pays précédée des transferts de toutes les compétences non régaliennes. Il vaut mieux être prévoyant. C'est le but de cette journée.

Parlons d'abord du mécanisme général de l'art. 27, de la logique des transferts, avant de resserrer sur le transfert de l'enseignement supérieur.

¹ Avis n° 391.434 du 5 juillet 2016, portant sur les modalités de transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences mentionnées à l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999.

I. LE MECANISME DE L'ARTICLE 27

1. On ne trouve la trace de la nécessité d'une « double clé », c'est-à-dire une demande du Congrès doublée d'une loi organique ultérieure, qu'au seul article 27 de la loi organique du 19 mars 1999. Ce système de la « double clé » n'existe que pour des compétences très particulières, présentées comme « *partagées* » dans l'Accord de Nouméa², et nécessitant l'adoption d'un cadre législatif spécifique. Comment assurer l'indépendance des journalistes ou des professeurs d'université, comment assurer l'objectivité du contrôle de légalité des collectivités de rang inférieur ? Ce sont des questions complexes qui associeront l'État et la Nouvelle-Calédonie. L'État ne pourrait, sans contredire la logique d'émancipation du pays, refuser le transfert, s'il est demandé par le Congrès.

2. **Ce dispositif est également présenté comme facultatif.** La question a fait l'objet d'un désaccord au dernier et quinzième Comité des Signataires réuni à Paris le 7 novembre. Dans le relevé des conclusions du Comité des signataires du 3 octobre 2014, l'État « *relève que les dispositions de l'article 27 de la loi organique font obstacle à ce que l'État, à défaut d'adoption d'une telle résolution par le Congrès, procède de sa propre initiative au transfert de ces compétences* ». Dans sa lettre au Premier ministre du 4 novembre 2016, la délégation commune UC et RDO répond : « *l'Union Calédonienne n'a jamais validé cette interprétation à la fois parce que cette logique est fondamentalement contraire à l'esprit politique de l'Accord de Nouméa, accord de décolonisation et d'émancipation, et parce qu'il n'y a aucune ambiguïté sur l'interprétation de l'article 27 : « Le congrès peut, (...), adopter une résolution tendant à ce que lui soient transférées par une loi organique ultérieure, les compétences suivantes... ».* La formulation « *peut* » traduit bien une possibilité octroyée au congrès mais ne constitue pas une condition sine qua non pour opérer ces transferts. Dans le cas contraire, le législateur aurait inévitablement employé la formule « *doit* » pour que l'intervention du congrès soit indispensable au déclenchement de ces transferts. Pour l'Union Calédonienne, il ne fait aucun doute que les transferts prévus à l'article 27 n'ont rien d'optionnel et que leur mise en œuvre relève de la seule responsabilité de l'État ».

Cette polémique a déjà eu lieu sur l'article 26, relatif aux autres compétences à transférer³. De nombreux universitaires (dont on taira les noms par indulgence) et des politiques, soutenaient que ce transfert était également facultatif. L'article 26 disait : « *Les compétences attribuées à l'État par les dispositions du III de l'article 21 sont transférées à la Nouvelle-Calédonie au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et 2009. Les compétences transférées et l'échéancier des transferts font l'objet d'une loi du pays adoptée à la majorité des trois cinquièmes des membres du congrès* ». La problématique était plaisante. Une loi du pays du Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut-elle bloquer une obligation constitutionnelle fixée dans l'Accord de Nouméa et notamment différer le terme de 2009 ? Ce serait un

² Point 3.2 de l'Accord de Nouméa.

³ Article LO. 21 III.- *L'État exerce également jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : 1° Police et sécurité de la circulation aérienne intérieure et des exploitants établis en Nouvelle-Calédonie dont l'activité principale n'est pas le transport aérien international ; 1° bis Police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie ; sauvegarde de la vie en mer dans les eaux territoriales ; 2° Enseignement du second degré public et privé, sauf la réalisation et l'entretien des collèges du premier cycle du second degré ; santé scolaire ; 3° Enseignement primaire privé ; 4° Droit civil, sous réserve des compétences des provinces en matière de chasse et d'environnement, règles concernant l'état civil et droit commercial ; 5° Sécurité civile.*

problème de 1^{ère} année de droit, si ce n'était en Nouvelle-Calédonie. **Les deux raisonnements contraires étaient** de dire qu'à l'issue de la période ouverte pour le Congrès pour adopter la loi du pays, le transfert a lieu, soit de plein droit, soit de la seule responsabilité de l'État qui transfère, parce qu'il a une obligation constitutionnelle. C'est finalement ce qu'avait dit le Premier ministre François Fillon lors du Comité des Signataires du 20 décembre 2007 : « *Le Premier ministre a estimé que les transferts de compétence de l'État vers la Nouvelle-Calédonie sont le véritable moteur du processus de l'Accord de Nouméa : sans les transferts de compétence, ni la lettre ni l'esprit de l'Accord de Nouméa ne seraient respectés* »⁴. Il avait fait clairement passer le message aux Signataires que l'État transférerait sans leur demande⁵. Et le miracle s'était accompli. Une unanimité un peu factice s'était faite au Congrès le 30 novembre 2009, dernier jour possible du calendrier pour demander les transferts de compétences. Elle suivait sans doute l'adage qu'on prête à Malcom de Chazal⁶, « *puisque ces mystères me dépassent, feignons d'en être l'organisateur* ».

On retrouve aujourd'hui cette polémique presque dans les mêmes termes ; **la seule différence est qu'on n'a pas de date précise** inscrite dans le marbre de l'article 27. Mais la logique de l'Accord de Nouméa est de transférer l'ensemble des compétences non régaliennes **avant** le vote final qui porte exclusivement sur les compétences régaliennes, comme le précise la question rédigée à la fin de l'Accord de Nouméa. Dire que le vote portera aussi sur les compétences de l'article 27, c'est déjà un peu changer l'Accord... En l'attente, on ne fait rien. On a sans doute aujourd'hui un Premier ministre moins ouvert à l'émancipation du pays et plus droitier que son prédécesseur Fillon...

3. Ce n'est pas le seul malentendu. Cet article 27, et malgré le contrôle en amont du Conseil constitutionnel sur les lois organiques, réussit l'exploit **d'être à la fois contraire à l'Accord de Nouméa et à l'article 77 de la Constitution !**

Rapidement,

On trouve au point 3.1.2. de l'Accord de Nouméa l'énumération des compétences qui seront transférées à la Nouvelle-Calédonie au cours des seconds et troisième mandats du Congrès, donc avant 2014. Et, surprise, on y lit des morceaux de l'article 27, notamment *le transfert des communes, le régime comptable et financier et le contrôle de légalité!* Tout cela n'a pas été fait dans les délais de l'Accord, parce qu'opportunistement relégué dans l'article 27.

Plus étrange encore, l'article 27 est en contradiction avec la Constitution. L'article 77 de la Constitution prévoit que c'est la loi organique statutaire qui fixera les règles d'organisation des institutions de la Nouvelle-Calédonie. Et l'article 27 demande à ce qu'on transfère à la Nouvelle-Calédonie *l'organisation des provinces*, qui sont des institutions de la Nouvelle-Calédonie... Inutile de dire que tout est bloqué, d'autant qu'aucun président de province ne veut voir une tutelle de la Nouvelle-Calédonie...

Heureusement, comme disent les Inconnus, « *tout cela ne nous regarde pas !* ».

⁴ Relevé définitif de conclusions du VI^{ème} Comité des Signataires de l'Accord de Nouméa du 20 décembre 2007.

⁵ Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 1843 et 1844 sur le projet de loi organique relatif à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et de Mayotte, par Didier Quentin, p. 47.

⁶ Poète mauricien d'expression française (1902-1981).

L'enseignement supérieur et l'audiovisuel ne sont pas mentionnés directement dans les compétences transférables de l'Accord. Ce sont des compétences « *partagées* » avec l'État et citées au point 3.2.3. pour « *l'audiovisuel* » et 3.2.7. pour « *l'enseignement supérieur et la recherche scientifique* ». On y parle surtout de conventions d'objectifs... Ces compétences « *partagées* » se sont retrouvées transférables dans l'article 27.

Pourquoi ? Réfléchissons à la logique des transferts.

II. LA LOGIQUE DES TRANSFERTS DE COMPETENCES ET DE LEUR COMPENSATION

4. La question de la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie, ainsi que leur transfert progressif, est très spécifique et elle repose sur une logique politique différente de celle de la Métropole. Si en France, l'objectif allégué est de rapprocher l'exercice des compétences des citoyens et d'affirmer l'efficacité des politiques publiques, **la construction politique de la Nouvelle-Calédonie participe d'un objectif d'émancipation qui se traduit par un effacement progressif de l'État au profit du pays.** Le droit constitutionnel calédonien s'établit, sans incertitude juridique et sans nécessairement repentance, dans le cadre d'un mouvement historique de décolonisation⁷. L'avenir des relations de la Nouvelle-Calédonie et de la France doit intégrer cette dimension décolonisatrice, sans laquelle l'évolution du pays est proprement incompréhensible.

On a donc, avec l'Accord de Nouméa, **raisonné différemment** de la Métropole. Si la Nouvelle-Calédonie voulait pouvoir choisir son destin librement, à l'issue d'une période de préparation de 15 à 20 ans, il fallait tout transférer, méthodiquement et sans souci nécessairement d'efficacité comparative, en ne laissant subsister à l'État que les seules compétences régaliennes, justice, ordre public, défense, monnaie, crédit et changes, affaires étrangères, sur lesquelles porterait la consultation finale sur l'autodétermination. C'est pourquoi les compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie sont d'une ampleur inégalée et que les transferts de compétences sont systématiques et complets, à la seule exception des compétences régaliennes. C'est sur une obligation constitutionnelle irréversible, à la manière d'une roue à cliquets, que s'est construit l'Accord de Nouméa. Même si le Congrès en faisait la demande, la Constitution interdirait à l'État de reprendre une compétence transférée.

On doit raisonner simplement sur les compétences transférées. On n'est pas là pour faire de la dentelle et mégoter. **Est-ce simplement du Régalien ou pas ?** Le Conseil d'État l'a ainsi rappelé simplement dans son avis du 5 juillet 2016 : « *Compte tenu de la définition des compétences en cause respectivement donnée par les articles 21 et 27 de la loi organique du 19 mars 1999, les compétences transférées portent sauf disposition particulière résultant de la Constitution ou de la loi organique, sur l'ensemble du bloc de compétences relevant jusqu'alors de l'État* ».

5. L'autre question qui revient aussi régulièrement qu'on parle des transferts est celle des compensations financières.

Art. 55 LO 99-209 : « *L'État compense les charges correspondant à l'exercice des compétences nouvelles que la Nouvelle-Calédonie et les provinces tiennent de la présente loi.* »

⁷ La Nouvelle Calédonie a été réinscrite sur la liste des territoires non autonomes par la résolution 41/41 A du 2 décembre 1986 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette résolution renvoie explicitement à la célèbre déclaration 1514 du 14 décembre 1960

Tout accroissement net de charges résultant pour la Nouvelle-Calédonie ou pour les provinces des compétences transférées est accompagné du versement concomitant par l'État d'une compensation financière permettant l'exercice normal de ces compétences. Les ressources attribuées au titre de cette compensation sont équivalentes aux dépenses consacrées, à la date du transfert, par l'État, à l'exercice des compétences transférées, diminuées des augmentations de ressources entraînées par les transferts sous réserve des articles 49, 49-1 et 181. Le droit à compensation des charges d'investissement transférées par la présente loi organique est égal à la moyenne des dépenses actualisées, hors taxe et fonds de concours, constatées sur une période de dix ans précédant le transfert de compétences. Le droit à compensation des charges de fonctionnement transférées par la présente loi organique est égal à la moyenne des dépenses actualisées constatées sur une période de trois ans précédant le transfert de compétences. Les droits à compensation prévus au présent alinéa évoluent chaque année comme la somme du taux prévisionnel d'évolution de la moyenne annuelle de l'indice des prix à la consommation (hors tabac) de l'année de versement et de la moitié du taux d'évolution du produit intérieur brut en volume de l'année en cours, sous réserve que celui-ci soit positif. Les modalités d'actualisation des dépenses de l'État visées au présent alinéa sont fixées par décret.

Le transfert des personnels ouvre droit à compensation. Les fractions d'emploi ne pouvant donner lieu à transfert après détermination d'un nombre entier d'emplois à temps plein susceptibles d'être transférés donnent également lieu à compensation financière.

Toute charge nouvelle incombant à la Nouvelle-Calédonie du fait de la modification par l'État des règles relatives à l'exercice des compétences transférées est compensée dans les conditions prévues par le présent article.

Les charges correspondant à l'exercice des compétences transférées font l'objet d'une évaluation préalable au transfert desdites compétences. Les modalités de cette évaluation sont fixées par décret. Ces charges sont compensées par l'attribution à chaque collectivité concernée d'une dotation globale de compensation inscrite au budget de l'État. La loi de finances précise chaque année le montant de la dotation globale de compensation.

Si, à l'occasion du transfert de chaque compétence, effectué en vertu de la présente loi organique, le transfert des personnels correspondant conduit à ce que leur nombre soit inférieur à celui constaté au 31 décembre de l'avant-dernière année précédant celle du transfert des services ou parties de services prévu au premier alinéa de l'article 56, une compensation financière correspondant à cet écart est attribuée après l'avis de la commission mentionnée à l'article 55.

Il est créé en Nouvelle-Calédonie une commission consultative d'évaluation des charges composée paritairement de représentants de l'État et de chaque catégorie de collectivité concernée. Présidée par un représentant élu des collectivités, elle est consultée sur les modalités de compensation des charges correspondant aux compétences transférées à la Nouvelle-Calédonie et aux provinces ».

Selon la loi organique du 19 mars 1999, dans son long article 55, le transfert des compétences doit s'accompagner d'une compensation financière correspondant aux dépenses effectuées par l'État avant le transfert. Ces charges sont compensées par l'attribution à chaque collectivité concernée d'une dotation globale de compensation inscrite au budget de l'État. La compensation versée par l'État permet ainsi de conserver, sans effort supplémentaire de la Nouvelle-Calédonie, une qualité de service public au moins équivalente à celle exercée par l'État avant le transfert.

Art. 59 LO 99-209 : I. - Les agents de l'État exerçant leurs fonctions dans un service ou une partie de service transféré à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces ainsi que les agents exerçant leurs fonctions au sein de l'un des établissements publics mentionnés à l'article 23 et qui ne sont pas déjà liés à la Nouvelle-Calédonie par des dispositions statutaires ou contractuelles sont de plein droit mis à la disposition de la collectivité dont relève désormais ce service, cette partie de service ou cet établissement public. Les fonctionnaires de l'État et des établissements publics précités sont mis à disposition de la collectivité qui bénéficie du transfert, par dérogation aux articles 41 et 42 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée.

Ils demeurent régis par les dispositions légales et réglementaires qui leur sont applicables.

II. - Toutefois, les fonctionnaires de l'État qui exercent leurs fonctions dans les services ou parties de services transférés et les fonctionnaires des établissements publics précités peuvent, lorsqu'ils ne sont pas assujettis à une règle de limitation de la durée de séjour en Nouvelle-Calédonie, opter dans un délai de deux ans, à compter de la date d'entrée en vigueur du transfert, pour le maintien de leur statut de fonctionnaire de l'État ou pour le statut de fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie.

Dans le cas où le fonctionnaire opte pour le statut de fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie, il est fait droit à sa demande dans un délai maximal de deux ans à compter de la date de réception de celle-ci, selon les conditions fixées par le statut général des fonctionnaires territoriaux.

Si le fonctionnaire opte pour le maintien de son statut de fonctionnaire de l'État, il peut dans le délai prévu au premier alinéa du présent II :

1° Soit demander à être placé en position de détachement de longue durée dans un emploi de la Nouvelle-Calédonie, des provinces ou de l'établissement public de la Nouvelle-Calédonie auprès duquel il exerce ses fonctions ; dans ce cas, il a priorité pour y être détaché.

S'il est mis fin au détachement, à la demande de l'autorité auprès de laquelle le fonctionnaire a été détaché et pour une cause autre que l'insuffisance professionnelle ou un motif disciplinaire, l'intéressé est réintégré dans un emploi de l'État dans la limite des emplois vacants. En l'absence d'emploi vacant, il continue à être rémunéré par la collectivité ayant mis fin au détachement, au plus tard jusqu'à la date à laquelle le détachement devait prendre fin ;

2° Soit demander à être affecté dans un emploi de l'État ; il est fait droit à sa demande dans un délai maximal de deux ans à compter de la date de réception de celle-ci et dans la limite des emplois vacants. Le président du gouvernement peut être consulté pour avis. Lorsqu'aucun emploi n'est vacant, le fonctionnaire demeure mis à disposition de la collectivité ou de l'établissement auprès duquel il exerce ses fonctions. L'intéressé dispose d'un délai de six mois pour confirmer ou modifier son option initiale. Passé ce délai, il est réputé confirmer cette option. Si le fonctionnaire modifie son option initiale, il est fait droit à sa demande dans l'année qui suit cette nouvelle option.

III. - Les fonctionnaires qui n'ont pas fait usage de leur droit d'option dans les délais prévus au II sont réputés avoir choisi le maintien de leur statut de fonctionnaire de l'État et avoir sollicité leur détachement dans les conditions décrites au 1° du II.

Les fonctionnaires qui ont choisi, dans les délais prévus au II, le maintien de leur statut de fonctionnaire de l'État sans toutefois avoir fait usage du droit d'option prévu au II sont réputés, à l'issue des délais prévus, avoir sollicité leur détachement dans les conditions décrites au 1° du II.

IV. - Le Gouvernement présente à la commission consultative d'évaluation des charges prévue à l'article 55, dans un délai de six mois à compter du terme de la mise à disposition des personnels prévue au présent article et au deuxième alinéa de l'article 59-1, un bilan portant sur l'évolution, entre l'adoption des lois du pays prévues à l'article 26 et le terme de cette mise à disposition, des emplois de l'État visés par les transferts de compétences prévus au III de l'article 21 ».

L'aventure du transfert du second degré permet d'illustrer le fait qu'on ne transfère pas toujours à droit constant. L'article 59 de la loi organique avait mis en place un mécanisme assez simple : Les agents de l'État qui exercent leurs fonctions dans un service transféré à la Nouvelle-Calédonie sont de plein droit mis à la disposition de la collectivité dont relève désormais ce service. Et ils disposent d'un droit d'option lorsqu'ils ne sont pas assujettis à une règle de limitation de la durée de séjour : dans un délai de deux ans, ils peuvent opter pour le maintien de leur statut de fonctionnaire de l'État ou pour le statut de fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie. S'ils choisissent le statut État, ils sont alors détachés avec la précarité qu'impose le détachement si la Nouvelle-Calédonie entend y mettre fin. Il faut implicitement choisir entre l'État et le pays.

Ce choix, c'est tout ce que les parlementaires calédoniens voulaient éviter en 2009. Ils vont se battre pour obtenir une « mise à disposition globale et gratuite »⁸ des personnels

⁸ L'État a pris ainsi en charge directement 89 % de la masse transférable. Sur un total de dépenses de fonctionnement de 46 milliards FCFP en 2008, la charge transférable était sommairement estimée à 5,4 milliards. La Nouvelle-Calédonie assume donc, après le transfert et pendant la durée de la mise à

plutôt qu'une compensation financière. Outre la garantie que l'État paierait les personnels et que pour les personnels, rien ne changerait, le système avait l'avantage de permettre d'occulter toute réflexion et tout arbitrage sur les coûts de personnels dans l'éducation Outre-mer et donc sur la pyramide des âges et l'indexation, si la gestion de la masse salariale avait relevé de la Nouvelle-Calédonie. On a ainsi changé les règles une première fois en renvoyant aux calendes grecques le choix statutaire personnel des enseignants.

Mieux, cette mise à disposition gratuite était prévue pour durer indéfiniment, sauf si le Congrès de la Nouvelle-Calédonie à la majorité de ses membres le demandait. Le Conseil constitutionnel saisi, le 24 juillet 2009 par le Premier ministre comme il y est tenu pour une loi organique, va y mettre bon ordre en rendant le 30 juillet 2009 sa décision n° 2009-587 DC où il rappelle que l'État n'est tenu de compenser les transferts que « pendant la période » de l'Accord de Nouméa. C'est pourquoi, le dispositif de mise à disposition gratuite, équivalent à une dotation, ne peut pas durer indéfiniment et l'État ne peut donc attendre éternellement une demande du Congrès. Il conclut ainsi que « le législateur organique ne pouvait, sans méconnaître l'article 77 de la Constitution et les orientations de l'Accord de Nouméa, subordonner à une proposition du Congrès le décret en Conseil d'État fixant le terme de cette mise à disposition et les modalités du transfert des personnels ; qu'il s'ensuit que les mots : " pris sur proposition du Congrès à la majorité de ses membres " sont contraires à la Constitution ».

Resserrons notre réflexion sur l'enseignement supérieur.

III. LE TRANSFERT DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

6. Le transfert de la compétence de l'enseignement supérieur signifierait d'abord que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie deviendrait compétent **pour régler à la fois l'enseignement comme les modalités d'organisation du service public**, y compris les dispositions institutionnelles concernant l'université. Celle-ci demeurera régie, à titre transitoire⁹, par l'ordonnance n° 2015-24 du 14 janvier 2015 portant extension et adaptation dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'Enseignement Supérieur et à la Recherche (art. L. 684-1 du Code de l'Éducation) ; cette loi ESR, dite *Fioraso*, a modifié la loi LRU n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux Libertés et Responsabilités des Universités, dite *Pécresse*.

Voyons les contraintes du transfert. On a la question du périmètre (transfert de l'université elle-même ou pas, transfert de la recherche ou pas), puis celle des principes constitutionnels ou législatifs opposables.

7. **S'agissant du périmètre du transfert**, l'article 56 de la loi organique dispose que « les services ou parties de services de l'État chargés exclusivement de la mise en œuvre d'une

disposition globale, environ 11% des dépenses de fonctionnement de l'enseignement du second degré et de l'enseignement privé. Par rapport au budget propre de la Nouvelle-Calédonie, ces dépenses représentent 14% des dépenses de fonctionnement réalisées en 2008 sur le budget propre de la Nouvelle-Calédonie, hors fonds de concours (37,4 milliards).

⁹ L'application des règles en vigueur demeure jusqu'à intervention du Congrès de la Nouvelle-Calédonie pour les modifier. Le Titre XIII de la Constitution s'intitule également *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie*.

compétence attribuée à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces en vertu de la présente loi sont transférés à celles-ci. Les modalités et la date du transfert de chaque service ou partie de service sont fixées par décret ».

Art. 56 LO 99-209 : « Les services ou parties de services de l'État chargés exclusivement de la mise en œuvre d'une compétence attribuée à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces en vertu de la présente loi sont transférés à celles-ci. Les modalités et la date du transfert de chaque service ou partie de service sont fixées par décret.

Pour chaque service ou partie de service, et pour chaque établissement public mentionné à l'article 23, une convention passée entre le haut-commissaire et, selon le cas, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou le président de l'assemblée de province détermine les conditions de mise en œuvre du transfert.

Dans l'attente de la signature de cette convention, le président du gouvernement ou, le cas échéant, le président de l'assemblée de province donne, à compter de la date du transfert de compétence, ses instructions aux chefs des services de l'État chargés des compétences transférées.

Par dérogation au premier alinéa, l'État et la Nouvelle-Calédonie peuvent prévoir que les services ou parties de services de l'État chargés des compétences mentionnées au III de l'article 21 sont mis à la disposition de la Nouvelle-Calédonie en tant que de besoin à compter de l'entrée en vigueur du transfert de ces compétences. Ce choix et les modalités de sa mise en œuvre font l'objet d'une convention passée entre le haut-commissaire et le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ».

On ne peut donc argumenter que le transfert de la compétence en matière d'enseignement supérieur n'emporterait pas nécessairement le transfert de l'établissement. L'université a bien vocation à devenir un établissement public de la Nouvelle-Calédonie. On notera que le nom choisi par l'État en 1999 pour l'Université de la Nouvelle-Calédonie préfigurait le transfert de l'établissement. Au lieu de « *Université de Nouvelle-Calédonie* », l'État a choisi le nom de « *Université de la Nouvelle-Calédonie* ».

On notera que le Conseil d'État fait, dans son avis, un choix implicitement différent pour NC1ère à propos de la communication audiovisuelle. France télévisions étant une société privée, même si l'État est son unique actionnaire, la Nouvelle-Calédonie n'aurait le choix qu'entre créer sa propre chaîne de télévisions ou solliciter France télévisions pour une mise à disposition de ses services¹⁰...

8. Toujours sur le périmètre, l'Accord de Nouméa ne vise que le transfert de « *l'enseignement supérieur* ». **Cela pose la question de la recherche.**

Les universitaires ont en effet plusieurs fonctions, plusieurs « métiers » cumulés dans l'université : l'enseignement, la recherche et l'administration. C'est ici l'occasion pour nous d'employer **préférentiellement l'expression « d'universitaires »** plutôt que celle « *d'enseignants-chercheurs* ». Cette appellation technocratique imposée par le Ministère « *d'enseignant-chercheur* » au lieu d'universitaire (« *Academics* ») visait à rendre compte des différents métiers réunis dans chacun d'entre nous d'enseignant et de chercheur...

Cette omission du terme recherche dans la loi organique est due initialement à un amendement de Pierre Frogier, alors Député¹¹, et visait à exclure du transfert les grands établissements publics de recherche implantés en Nouvelle-

¹⁰ Avis du Conseil d'État n° 391.434 du 5 juillet 2016, p. 24 §6.

¹¹ *Assemblée nationale*, Compte rendu analytique officiel, Session ordinaire de 1998-1999, 1^{ère} séance du lundi 21 décembre 1998, amendement n° 32 présenté par Pierre Frogier.

Calédonie. Ces établissements, qui sont exogènes au pays et ont de nombreuses implantations internationales, n'ont pas vocation à être transférés.

La recherche n'est ni une compétence régaliennne, ni une compétence exclusive de l'État. Il existe ainsi des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie, qui ont une vocation de recherche, comme l'IAC. La recherche est-elle même une compétence matérielle susceptible d'être répartie entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces, les communes et les universités autonomes ? **Il n'est pas sûr qu'on puisse faire de la recherche une compétence** des collectivités publiques ou de l'État en raison des principes de liberté de la recherche et de liberté d'expression. Un signe tangible au sein de l'université réside dans le fait que les publications des universitaires ne sont pas soumises à un contrôle de l'administration. Bien que fonctionnaire, l'universitaire ne représente pas l'État quand il publie ou exprime une opinion. Comme on a pu l'écrire, jamais les membres de l'enseignement supérieur « *ne parlent, n'écrivent et n'agissent au nom du gouvernement ou de quelque autorité que ce soit*¹² ». Il existe d'ailleurs une contradiction intellectuelle à refuser le transfert au nom d'une compétence exclusive de l'État et à revendiquer son libre exercice universitaire.

Il ne serait pas incongru de considérer que la recherche n'est pas une matière au sens de la répartition des compétences (pas plus que ne le sont le développement économique ou l'art, par exemple) et qu'elle peut ainsi davantage se concevoir de façon plus opérationnelle comme un domaine d'action, **un champ d'intervention, des autorités publiques** au travers de laquelle elles peuvent intervenir dans le cadre de leurs propres compétences.

Le Conseil d'État ne paraît pas avoir eu une réflexion approfondie sur ce point. Il se borne à noter que la recherche n'étant pas transférée, et que les missions enseignement et recherche sont structurellement imbriquées, « *le régime statutaire des enseignants-chercheurs ne peut être inclus dans les compétences susceptibles d'être transférées à la Nouvelle-Calédonie au titre de l'enseignement supérieur* »¹³. **Cette solution, pourtant étrange**, est très fréquente en droit français et participe de la mauvaise gouvernance globale ; on transfère aux collectivités la gestion d'une masse salariale (fonction publique locale, fonction publique hospitalière, etc.) sans permettre à ces collectivités de négocier la moindre règle de gestion. C'est souvent pourquoi il n'y a de fait pas de pilote dans l'avion.

Néanmoins, comme il est nécessaire d'adopter pour les transferts de l'art. 27 une loi organique, l'écriture de la loi organique statutaire ne saurait constituer un problème insurmontable.

9. S'agissant des principes constitutionnels ou législatifs qui encadrent l'université et son transfert, il faut rappeler que l'État n'a pas une liberté totale dans l'élaboration de la loi organique qui opérera le transfert de l'enseignement supérieur. Il est tenu de respecter des principes constitutionnels établis. Ces principes seront également opposables au Congrès de la Nouvelle-Calédonie lorsqu'il prendra le relais de l'État. Ainsi, affirmer que l'Université de la Nouvelle-Calédonie va devenir un établissement public administratif de la Nouvelle-Calédonie est insuffisant à montrer la complexité du transfert. Du fait des principes constitutionnels opposables,

¹² J. Cadart, *Les autorisations d'absence, les missions et les séjours à l'étranger des membres de l'enseignement supérieur*, RD publ. 1967. 1112, cité par Olivier Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?* Dalloz, Collection : Les sens du droit, décembre 2010, p. 110.

¹³ Avis du Conseil d'État n° 391.434 du 5 juillet 2016, p. 18 §2.

l'université deviendrait un *établissement public « autonome » de la Nouvelle-Calédonie*, avec un statut particulier qui devra lui reconnaître ses libertés universitaires.

On ne transfère pas à droit constant. Il y a sans doute des contraintes constitutionnelles, *mais aussi législatives*. L'État peut, à l'occasion du transfert, exiger des contraintes pour ces compétences qu'il « partage ». Le Conseil d'État ne dit pas autre chose lorsqu'il soulève que « le transfert de leur compétence impliquera que la loi organique y procédant tire les conséquences de celui-ci (ce partage) sur les dispositions actuelles relatives à ce partage »¹⁴. Il n'est pas non plus impossible que les élus calédoniens exigent aussi le maintien d'une vraie université, performante, car fondée sur ces principes universels qu'il convient de défendre.

Le but de cette journée est d'identifier précisément ces règles et d'en mesurer la force constitutionnelle ou simplement législative en droit français. Ce seront les missions du Pr. André Legrand sur le principe d'autonomie des établissements et le rôle du Pr. Olivier Beaud sur les libertés académiques. Le Vice-recteur développera la question sensible de la délivrance des titres et grades universitaires. Mais ce modèle fait d'indépendance n'est pas seulement français. Il est surtout universel et la Nouvelle-Calédonie est d'abord un pays du Pacifique, qui devrait penser à l'insertion dans sa zone régionale. Et aussi choisir les bonnes références universitaires sur le meilleur modèle pour notre pays. C'est pourquoi, nos collègues australiens Robert Breunig et Vincent Cogliati-Bantz nous expliqueront les fondamentaux des universités australiennes et anglo-saxonnes.

Un dernier mot,

10. L'université, c'est une collectivité démocratique. Les universitaires sont attachés à la démocratie universitaire et à l'élection de leurs responsables et de leur président, garante de leur autonomie. Il en résulte qu'il existe au profit du corps des universitaires des *droits corporatifs* qui sont, par exemple, les droits électoraux, l'éligibilité, le droit d'être associé aux décisions de l'université et surtout la cooptation aussi bien pour le recrutement, que l'évaluation par les pairs¹⁵. On en retrouve la trace à l'article L. 952-2 du Code de l'Éducation.

Art. L. 952-2 du Code de l'Éducation : « Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité ».

Peut-on rester maîtres chez nous dans les conseils, c'est-à-dire que les universitaires y soient majoritaires ? Peut-on garder un président élu ?

Pourquoi en un mot l'indépendance de la pédagogie et la recherche universitaires ?

La fonction d'enseignement et de recherche universitaires se distingue fondamentalement des autres professions, car elle n'a pas pour objet l'application d'une politique déterminée, issue d'un projet éducatif, comme pour les autres enseignants. Elle suppose l'expression d'opinions personnelles de la part des collègues qui, par ailleurs, s'adressent à un auditoire beaucoup plus mûr qu'au lycée ou au collège. L'enseignement ou la recherche se situent nécessairement dans les débats en cours. Voilà pourquoi un professeur d'université n'enseigne pas un

¹⁴ Avis du Conseil d'État n° 391.434 du 5 juillet 2016, p. 4, §4.

¹⁵ Olivier Beaud, Les libertés universitaires à l'abandon ? Dalloz 2010, p. 44.

programme, ne transmet pas la pensée de l'université ou de l'État, mais sa propre pensée, s'inscrivant dans un dialogue avec celle de ses collègues¹⁶. Pour la pédagogie aussi, même si l'indépendance peut mener à un risque réel de conservatisme, la liberté permet l'expérimentation et le foisonnement. On le constatera avec le nouveau pôle numérique et technologique et nos pédagogies innovantes.

Pour la recherche, une recherche dirigée est souvent une recherche diminuée ; il faut laisser éclore les initiatives et les passions. C'est le charme de la *sérendipité* : on trouve ce qu'on ne cherche pas, on cherche ce qu'on ne trouve pas. Le pilotage de la recherche est souvent le rêve de ceux qui décrètent le taux de croissance.

Enfin, ce qui importe, c'est moins le transfert à tel ou tel, mais la question de savoir comment développer l'indépendance universitaire !

Cette journée est pour nous un moyen d'élever notre pensée.

Mathias CHAUCHAT
Professeur des Universités
Agrégé de droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie
BP R4 98851 NOUMEA NOUVELLE-CALEDONIE
+687 290 356 +687 786 231 @ChauchatM
mathias.chauchat@unc.nc - <https://larje.unc.nc>

¹⁶ Ibid, p. 78.