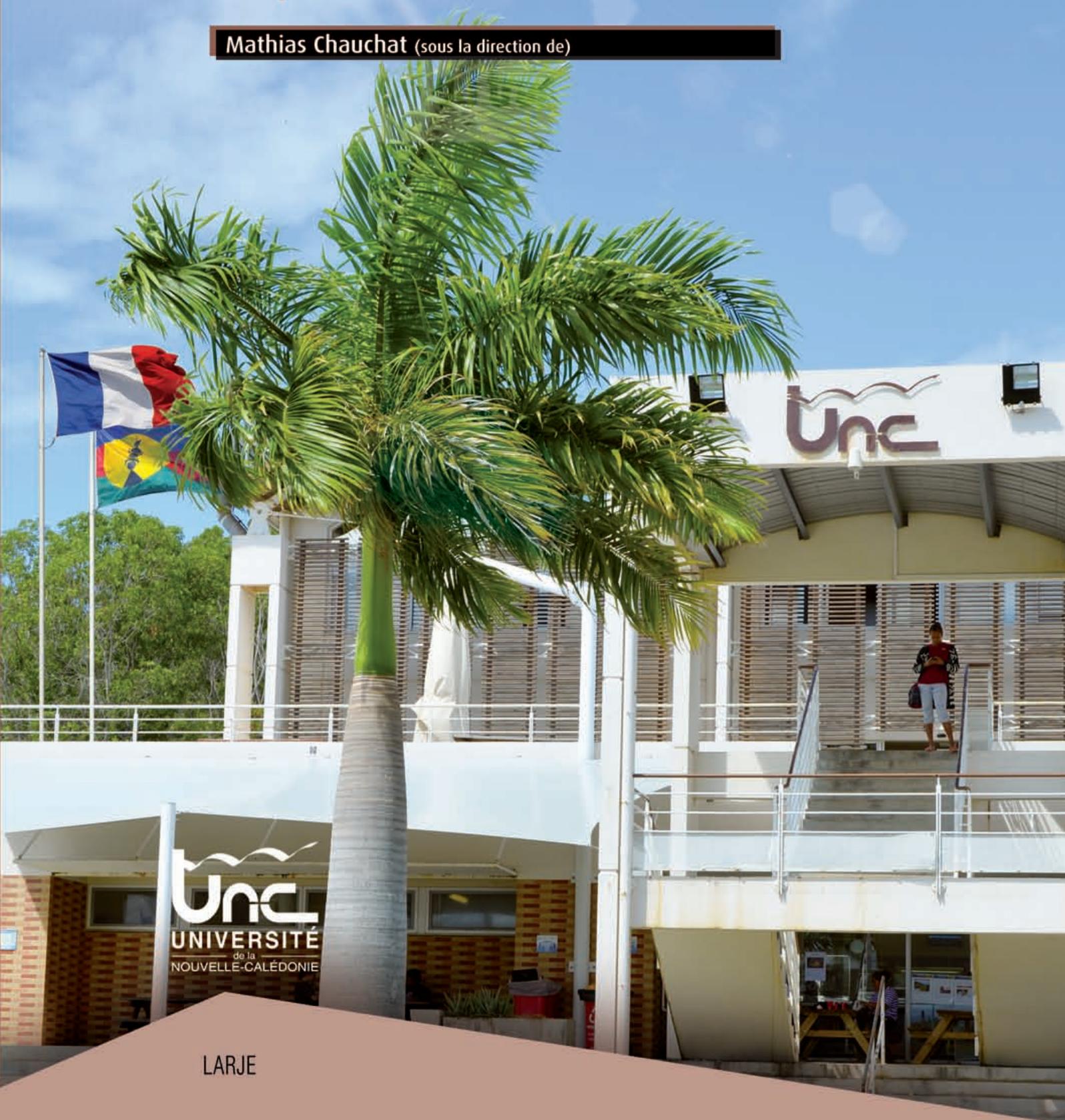


L'INDÉPENDANCE DES UNIVERSITÉS EN NOUVELLE-CALÉDONIE

La question du transfert au titre de l'article 27

Mathias Chauchat (sous la direction de)



UNC
UNIVERSITÉ
de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE

**L'INDÉPENDANCE DES UNIVERSITÉS
EN NOUVELLE-CALÉDONIE**
La question du transfert au titre de l'article 27

Sous la direction de Mathias Chauchat



© 2017 Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie
Collection LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique

Tous droits réservés

Aucune partie du présent ouvrage ne peut être reproduite sous quelque forme que ce soit sans l'autorisation écrite de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

All rights reserved

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

Imprimé en Nouvelle-Calédonie, avril 2017

ISBN : 979-10-91032-02-5

Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie



Avenue James Cook – BP R4 – 98851

Nouméa CEDEX

www.univ-nc.nc/punc/accueil

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Réalisation : Armel Marais – Imprimé par Graphoprint - couverture © photo F. Cayrol

**L'INDÉPENDANCE DES UNIVERSITÉS
EN NOUVELLE-CALÉDONIE**
La question du transfert au titre de l'article 27

Sous la direction de Mathias Chauchat

Cet ouvrage présente les interventions faites lors de la journée du 18 novembre 2016 consacrée à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, à l'indépendance des universités, et plus spécifiquement à la question du transfert de la compétence de l'enseignement supérieur de l'État au pays, au titre de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999.

Cette journée a été financée conjointement par l'Université de la Nouvelle-Calédonie et le Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE) de cette université.

AVANT PROPOS**Mathias Chauchat****Professeur de droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie**

L'article 27 de la loi organique permettrait le transfert de l'enseignement supérieur. C'est un dispositif « à double clé » qui exige une demande du Congrès à la majorité simple et une loi organique de transfert. On ne transférerait ainsi pas à droit constant. Le transfert de la compétence de l'enseignement supérieur signifierait-il d'abord que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie pourrait devenir compétent pour régler à la fois l'enseignement comme les modalités d'organisation du service public, y compris les dispositions institutionnelles concernant l'université ? L'université aurait-elle bien vocation à devenir un établissement public de la Nouvelle-Calédonie ? Le transfert concernerait aussi les autres formations *postbac*. Cette perspective est ouverte, sous le futur contrôle des statuts par la Nouvelle-Calédonie elle-même. Les contraintes liées à l'indépendance des universitaires et à l'autonomie des établissements limiteraient-elles la Nouvelle-Calédonie ? L'État lui-même a-t-il une liberté totale dans l'élaboration de la loi organique qui opérerait le transfert de l'enseignement supérieur ? N'est-il pas tenu de respecter des principes constitutionnels établis et lesquels ? Ces principes seraient-ils ensuite opposables au Congrès de la Nouvelle-Calédonie lorsqu'il prendra le relais de l'État ? Peut-on plaider pour que l'université devienne un établissement public « autonome » de la Nouvelle-Calédonie, avec un statut particulier qui devra lui reconnaître ses libertés universitaires ?

C'est à ces questions que nous avons tenté de répondre lors de la journée du 18 novembre 2016 à l'Université de la Nouvelle-Calédonie. L'ouvrage reprend les principales interventions qui ont rythmé cette journée, celles d'André Legrand et Olivier Beaud, Federico Berrera, Robert Breunig et Vincent Cogliati-Bantz. André Legrand et Olivier Beaud, spécialistes du droit universitaire, développent les principes d'autonomie des universités et d'indépendance des universitaires. Autre contrainte notable, « L'État a le monopole de la collation des grades et des titres universitaires », suivant l'article L. 613-1 du Code de l'Éducation. L'inquiétude est qu'à l'occasion du transfert, l'autonomie de l'université recule et qu'elle ne puisse plus délivrer elle-même des grades et titres nationaux. Federico Berera, au nom du Vice-recteur Jean-Charles Ringard-Flament, développe cette question.

L'université est aussi un modèle qui doit demeurer universel. La journée porte le regard sur les pays de la zone avec deux universitaires australiens, Robert Breunig de l'Australian National University et Vincent Cogliati-Bantz de University of Queensland, qui expliquent la détermination libre des prérequis à l'entrée des universités anglo-saxonnes, la fixation des droits d'inscription et le régime des bourses, la gestion de carrière des enseignants et leurs modes de recrutement, la gouvernance des universités.

Enfin, la question des moyens et des personnels suscite de nombreuses interrogations, mais bien que la journée du 18 novembre ait été consacrée à débattre de tous ces aspects, ces débats n'ont malheureusement pas pu être rapportés ici.

DISCOURS D'OUVERTURE

**Discours d'ouverture prononcé le 18 novembre 2016 par Gaël Lagadec,
Président de l'Université de la Nouvelle-Calédonie**

Bonjour et bienvenue à tous à l'Université de la Nouvelle-Calédonie. Ce colloque organisé sous la direction scientifique du professeur Mathias Chauchat est le 3^e colloque du Laboratoire de Recherches Juridique et Économique de l'université cette année. Une année particulièrement chargée en événements ce qui illustre la vitalité de notre université. Donc 3^e colloque du LARJE, après les ressources humaines et l'identité en droit, nous allons, une fois n'est pas coutume, nous intéresser à nous ! Eh oui, l'université est un monde vaste et complexe qui méritait bien son colloque !

Avant de laisser les intervenants entrer dans le vif du sujet, je vais juste prendre quelques instants pour poser quelques points de problématiques.

En guise de mise en contexte je vais évoquer tout d'abord l'accord de Nouméa dans lequel il est écrit que l'Université de la Nouvelle-Calédonie « répond aux besoins de formation et de recherche propres à la Nouvelle-Calédonie » suivant le point 4.1.1 de cet accord datant du 5 mai 1998.

En outre, l'Université de la Nouvelle-Calédonie s'est donnée statutairement pour but l'accès de tous à la connaissance et à la formation. Ses enseignements visent au développement de l'esprit scientifique et critique. Par ses formations, ses recherches et ses relations, notamment dans la zone Pacifique, elle revendique pleinement son rôle d'acteur ouvert au monde et à la diversité des cultures.

Comme la plupart d'entre vous le savent, l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie est prévue par l'accord de Nouméa de 1998, traduit par une *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* adoptée en 1999 et modifiée plusieurs fois depuis. Et cette Loi organique que nous dit-elle dans son article 27 ? C'est tout de même le sous-titre du colloque, donc je vous en donne la lecture intégrale :

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.

L'Université de la Nouvelle-Calédonie est donc directement concernée par la problématique du transfert de l'enseignement supérieur. Mais l'enseignement supérieur, ce n'est qu'un hémisphère de l'université, l'autre étant la recherche. Et sur ce point, la loi organique est muette... Première difficulté et non des moindres notamment sur le financement de la recherche et le statut des universitaires qui sont à la fois des enseignants mais aussi des chercheurs...

Deuxième difficulté, la délivrance des diplômes. Actuellement, les diplômes délivrés à l'UNC sont des diplômes universitaires français et européens.

En cas de transfert, l'université pourrait peut-être délivrer des diplômes reconnus par l'État, mais dans le monde universitaire, il y a une grande différence entre un diplôme universitaire français, reconnu au niveau international, et un diplôme délivré en Nouvelle-Calédonie, reconnu (seulement ?) par la France... Donc deuxième difficulté majeure.

Ensuite, il faut aussi se poser les questions du « pourquoi ? » et du « pour qui ? » transférer l'Université de la Nouvelle-Calédonie ? Et sur ce point je souhaite ici réaffirmer ce que j'ai déjà dit en réunion de travail au Haut-commissariat : avec les personnels de l'UNC, les étudiants sont les principaux concernés ! Il faudrait, à un moment ou à un autre, qu'ils soient consultés sur le sujet. À titre personnel, il ne me semblerait pas normal que les étudiants (et les personnels) soient complètement écartés du débat.

Comme il s'agit d'une décision éminemment politique, l'UNC n'a pas vocation à intervenir directement vis-à-vis du transfert au titre de l'art. 27 et adopte, à ce stade, une posture neutre mais très vigilante. Nous revendiquons néanmoins la possibilité de pointer précisément les enjeux, les difficultés et conséquences d'un transfert éventuel afin d'éclairer au mieux la décision des élus qui auront à prendre cette responsabilité qui leur incombe : déclencher – ou pas – le transfert.

Une université, c'est d'abord une collectivité humaine ; le premier facteur indispensable à l'existence d'une université digne de ce nom est « une communauté de savants ». Ce premier facteur arrive presque simultanément avec l'existence d'une autre communauté : celle des apprenants. Ensemble, ils SONT l'université.

L'université, c'est donc cette réunion des universitaires, des étudiants, des personnels administratifs et à ce titre elle est une collectivité démocratique. Les universitaires sont attachés à la démocratie universitaire et à l'élection de leurs responsables. Il me semble qu'un des principaux enjeux est de préserver et d'entretenir ce modèle.

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 pairs¹.

La fonction d'enseignement et de recherche universitaires se distingue aussi fondamentalement des autres professions, car elle n'a pas pour objet l'application d'une politique déterminée, issue d'un programme, comme pour les autres enseignements. 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.

Une des caractéristiques essentielles de la culture universitaire, notamment française, c'est la notion d'indépendance des thèmes de recherche et d'études. Aucune autorité ne peut, arbitrairement ou statutairement, imposer à un enseignant-chercheur le thème de ses travaux. Il le choisit en son âme et conscience. Souvent, comme c'est le cas à l'UNC,

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

il y a une convergence de visions qui fait que nous choisissons d'œuvrer dans une direction plutôt qu'une autre. En l'occurrence à l'UNC, nous avons clairement axé notre politique de formation et de recherche au service du développement de la NC.

Vous l'aurez compris, le modèle universitaire français est complexe, ancien (quasiment millénaire), mais on peut sans risque louer sa qualité, sa richesse, son universalité et ses valeurs.

C'est tout cela qu'ensemble nous voudrions préserver.

Avant de terminer, je voudrais évoquer le rapport d'évaluation de notre université, qui vient d'être rendu public par l'autorité administrative indépendante qui l'a rédigé, le HCERES (haut conseil à l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur).

Ce rapport, dans ses propos conclusifs, aborde en partie notre sujet du jour.

Sur le transfert éventuel de l'université, que dit le HCERES ?

Sa première remarque, on la trouve dans les points faibles de l'UNC, est la suivante : « un environnement institutionnel qui fragilise l'autonomie de l'établissement ». C'est-à-dire que la possibilité même du transfert est perçue comme un élément déstabilisant...

En face de ce point faible, le HCERES fait une recommandation claire qui est la suivante : « L'autonomie stratégique de l'université, en formation comme en recherche, est d'autant plus à faire respecter qu'elle est la garantie d'une reconnaissance nationale et internationale ».

C'est-à-dire que le transfert est perçu comme réduisant le périmètre de reconnaissance nationale et internationale de l'université. C'est un peu paradoxal de réduire la reconnaissance internationale quand on espère s'émanciper...

Avant de laisser la parole au Professeur Chauchat, je voudrais ici le saluer et le remercier d'avoir mis en place ce colloque. Je voudrais aussi remercier chaleureusement les invités et notamment André Legrand et Olivier Beaud. Un remerciement particulier et amical également pour nos deux collègues universitaires qui nous viennent d'Australie et qui sont venus partager avec nous, il s'agit de Robert Breunig et de Vincent Cogliati-Bantz².

Je vous remercie de votre attention et vous souhaite vous un colloque riche d'échanges et d'enseignements.

2 - Je remercie aussi les travailleurs de l'ombre, qui sont particulièrement sollicités en cette fin d'année pour l'organisation de nos événements, c'était avant-hier soir une représentation scénique au théâtre de verdure, hier une conférence de presse, aujourd'hui un colloque, je veux parler bien sûr de nos équipes de la direction technique et de la communication.

INTRODUCTION

Mathias Chauchat

Professeur de droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

La Nouvelle-Calédonie est un pays compliqué et expliquer chaque point de l'accord de Nouméa ou de 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 :

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^e 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 2016³. 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.

3 - Cet 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, officiellement remis lors du Comité des Signataires de l'accord de Nouméa du 7 novembre 2016, est annexé (annexe 2).

I. Le mécanisme 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 Nouméa⁴, 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 transférer⁵. 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

4 - Point 3.2 de l'accord de Nouméa.

5 - 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.

notamment différer le terme de 2009 ? Ce serait un 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 »⁶. Il avait fait clairement passer le message aux Signataires que l'État transférerait sans leur demande⁷. 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 Chazal⁸ : « 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 cet accord. 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 !

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 relégués 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 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 !* ». 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.

6 - Relevé définitif de conclusions du VI^e Comité des Signataires de l'accord de Nouméa du 20 décembre 2007.

7 - 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.

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

II. La logique des transferts de compétences 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 décolonisation⁹. 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.

Selon la loi organique du 19 mars 1999, dans son long article 55, le transfert de 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.

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

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

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 »¹⁰ des personnels 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 sa décision n° 2009-587 DC le 30 juillet 2009, 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 ».

III. Le transfert de l'enseignement supérieur

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 transitoire¹¹, 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 Péresse.

- 10 - 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 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).
- 11 - 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 ».

Voyons maintenant 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 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.

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 préfigurerait 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 télévision ou solliciter France télévisions pour une mise à disposition de ses services¹²...

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 Député¹³, et visait à l'origine à exclure du transfert les grands établissements publics de recherche implantés en Nouvelle-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

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

13 - 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 ».

au nom du gouvernement ou de quelque autorité que ce soit »¹⁴. 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 étant 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 »¹⁵. 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, 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 »¹⁶. 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

14 - 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.

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

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

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.

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 pairs¹⁷. On en retrouve la trace à l'article L. 952-2 du Code de l'Éducation.

Peut-on rester maître chez nous dans les conseils, c'est-à-dire que les universitaires y sont 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 collègue. L'enseignement ou la recherche se situent nécessairement dans les débats en cours. Voilà pourquoi un professeur d'université n'enseigne pas un 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 collègues¹⁸. 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.

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

17 - Olivier Beaud, 2010, *op.cit.*, p. 44.

18 - *Ibid*, p. 78.

L'AUTONOMIE DES UNIVERSITÉS

André Legrand

Professeur émérite de l'Université de Paris Ouest – Nanterre

Le sujet qui m'est imparti est difficile, car il porte sur un sujet dont Jean Boulouis soulignait qu'il relève, sous certains de ses aspects, « davantage de la science politique que de la science et de la technique administratives »¹⁹. Une « bouteille à l'encre », écrivait Jean Wainé encore récemment²⁰.

La question de l'autonomie des universités constitue une sorte de marronnier des débats sur l'enseignement supérieur. Même si, comme le notaient en 1980 François Gazier et Jacques Robert²¹, elle n'est pas née en 1968, elle n'en a pas moins été profondément renouvelée par la loi Edgar Faure, au point que la création d'universités autonomes était à l'époque présentée par les autorités politiques comme par la doctrine comme une sorte de révolution. Des trois titres par lesquels cette loi déclinaient le principe d'autonomie²², celui qui a, à l'époque, le plus attiré l'attention de la doctrine a été à juste titre celui qui consacrait l'autonomie administrative, et surtout sa dimension statutaire, qui donnait à l'EPSC (qui deviendra, après 1984, EPSCP - Établissement Public à caractère Scientifique, Culturel et Professionnel) sa coloration particulière au sein de la catégorie des établissements publics. André de Laubadère²³ soulignait « l'originalité majeure » et l'écart par rapport au droit commun que représentait l'idée que « les établissements nouveaux fussent maîtres de leur existence et de leurs statuts ».

Comme le note cependant Bruno Poucet²⁴, « Edgar Faure n'a pas gagné sur tous les points, d'autant que Matignon (sous Maurice Couve de Murville) veillait au grain, mais il a atteint l'essentiel : une loi organisant l'université autonome, même si par la suite l'État n'a de cesse de regagner le terrain perdu ». Et il a, pour ce faire, reçu une aide puissante du Conseil d'État²⁵. Sans revenir dans le détail sur l'attitude du juge, je me contenterai de rappeler trois exemples qui l'illustrent parfaitement.

19 - « Observations sur les structures des universités », *Rev. fr. d'adm. pub.*, 1980 p. 26.

20 - « L'autonomie des universités : une bouteille à l'encre ? », *Rev. dr. pub.*, 2008 p. 1467.

21 - « L'autonomie des universités depuis 1968 », *EDCE* 1980, p. 47.

22 - Autonomie administrative, autonomie pédagogique, autonomie financière.

23 - « La loi d'orientation de l'enseignement supérieur et l'autonomie des universités », *AJDA* 1969.3.

24 - Bruno Poucet et David Valence (dir.), *La loi Edgar Faure*, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 20-21. Voir aussi, *ibid.*, le témoignage de Pierre Trincal, « Étapes et problèmes dans la mise en œuvre de la loi Edgar Faure », p. 199.

25 - Voir André Legrand, « Le Conseil d'état et les libertés universitaires », in Jacques Caillosse et Olivier Renaudie, *Le Conseil d'État et l'université*, Dalloz 2015, p.37.

Au moment de la mise en œuvre de la loi de 1968, les présidents d'université avaient réclamé une assez large liberté dans la conception et l'organisation des diplômes. Rejetant cette revendication, le gouvernement a tiré les conclusions logiques des limites dans lesquelles la loi de 1968 enfermait la définition du contenu des études menant à la délivrance des diplômes nationaux²⁶. Et le Conseil d'État valide sa position : d'une part, l'habilitation est un acte d'organisation du service public national ; elle a donc un caractère réglementaire et, en cas de changement de la réglementation, une université n'est pas fondée à « invoquer de prétendus droits acquis par ses étudiants en cours d'études » au maintien de la réglementation en vigueur²⁷.

Mais surtout, avant même l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Jacques Théry sur un arrêt du 13 février 1970²⁸ annonçaient la couleur : en matière de diplômes nationaux, le pouvoir réglementaire du Ministre a pour objet d'encadrer le pouvoir réglementaire des établissements :

[...] c'est par l'exercice même de son pouvoir réglementaire et par l'extension qu'il lui donne que le Ministre délimite le pouvoir réglementaire des établissements. Pour sauvegarder la valeur uniforme des diplômes nationaux, la loi a laissé au ministre, en ce qui concerne les conditions d'obtention de ces diplômes, le pouvoir réglementaire le plus étendu.

Deuxième exemple : Pour reprendre les conclusions de Jacques Théry sur l'arrêt du 14 novembre 1975, Syndicat national de l'enseignement supérieur (FEN)²⁹,

*Les principes d'autonomie et de participation [...] ne postulent nullement une participation des établissements à l'élaboration ou à la modification de la carte universitaire [...] L'organisation du service public de l'enseignement supérieur, la création et la suppression des établissements ne peuvent relever en rien des établissements eux-mêmes. Ce sont des problèmes de planification qui ne peuvent être traités qu'au plan national (et) engagent la responsabilité du gouvernement.*³⁰

Le gouvernement a donc compétence pour modifier les structures internes des universités, en créant par décret des composantes dotées du statut d'établissement public³¹. Les établissements sont tenus de modifier leurs statuts pour les mettre en conformité avec les décrets adoptés en vertu d'une disposition législative³². La seule limite à ce pouvoir concerne les limites que le Conseil d'État fixe, dans le cadre de son contrôle normal, au pouvoir du gouvernement d'établir un régime dérogatoire aux dispositions de la loi : le juge vérifie scrupuleusement sur ce point que l'exercice du pouvoir de dérogation répond bien aux motifs prévus par celles-ci³³.

26 - Voir Arnaud Desvignes, « Universités, une autonomie sous contrôle : l'exemple de la réforme des diplômes nationaux et du premier cycle », in Poucet et Valence, *op. cit.*, p. 157

27 - Conseil d'État, 12 février 1982, *Université Paris VII*, D., IR, p. 233, obs. Pierre Delvolvé.

28 - *Dame Vigan et autres*, SNES Sup., Rev. dr. pub., p. 407, concl. Jacques Théry.

29 - Leb. p. 571. Voir aussi Conseil d'État, 10 novembre 1978, *Benoît*, Leb., p. 435 ; 2 avril 1997, *Université de Lille II*, Leb. p. 126.

30 - Voir aussi Conseil d'État, 10 novembre 1978, *Benoît*, Rec. p. 435 ; 2 avril 1997, *Université de Lille II*, Rec. p. 126. Sur les conséquences en matière d'emplois, Conseil d'État, *Université de Paris X*, AJDA, juillet-août 1079, p. 35, concl. Jean Massot ; 27 juillet 1984, *Université de Lyon II*, Rec. T. p. 642. En matière d'incidences sur la situation individuelle des enseignants, Conseil d'État, 27 mars 1998, *Pribetich*, Rec. p. 109.

31 - Sur la suppression des UFR et les l'importance des pouvoirs gouvernementaux à l'époque, Conseil d'État, 25 octobre 2004, *Mme Ullmo c/ Université de Tours*, n° 252489, Leb. T. p. 715.

32 - Conseil d'État, Sect., 10 novembre 1978, *Chevallier*, préc.

33 - Conseil d'État, 18 janvier 1974, *Université de Picardie*, AJDA 1974.453, note Jacques Chevallier. Sur les limites du pouvoir de dérogation, tant dans le temps que sur le contenu, v. aussi Conseil constitutionnel, 28 juillet 1993, 93-322 DC, LPA 4 mars 1994, p. 4 note Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux.

Certes, aujourd'hui, depuis la loi LRU, la compétence de créer les UFR appartient aux universités elles-mêmes : l'autonomie des universités a été renforcée sur ce point et une partie de la jurisprudence antérieure est donc devenue obsolète ; mais ses principes subsistent ; ils peuvent par exemple s'appliquer à d'autres types de composantes, comme le montre l'exemple récent du transfert de l'Institut français d'urbanisme de Paris VII à Marne la Vallée³⁴. Certes la décision, rendue en référé, ne statue pas sur le fond. En rejetant le recours, l'ordonnance n'en donne pas moins une caution implicite à l'argumentation de la ministre, lorsqu'elle accordait une valeur supérieure « à l'intérêt public qui s'attache à la cohérence de la carte nationale de l'offre de formation en matière d'urbanisme (par rapport) aux intérêts propres que fait valoir l'université » requérante. C'est aussi une interprétation extensive des pouvoirs de l'État que le juge utilise, lorsqu'il a à se prononcer sur l'étendue des pouvoirs de contrôle que celui-ci ou ses représentants exercent sur les établissements universitaires. Comme l'écrivaient François Gazier et Jacques Robert, la jurisprudence « privilégie assez nettement les prérogatives ministérielles sur l'autonomie universitaire ». Dès 1974, elle a reconnu le pouvoir du Ministre d'intervenir en cas de difficultés dans le fonctionnement des organes statutaires d'une université³⁵. « Arrêt « inquiétant pour l'autonomie des universités », notait le commentateur à l'AJDA : même si le Conseil d'État exerce un contrôle complet sur les décisions prises au titre du pouvoir de substitution du ministre :

On est bien obligé de constater le Conseil d'État abandonne au secrétaire d'État aux universités un pouvoir d'appréciation considérable ... La conception développée par le commissaire du gouvernement apparaît très compréhensive, car purement finaliste. Dès lors que le conflit intervenu à l'Université de Toulouse Le Mirail a pour effet de priver cet établissement public de ses organes directeurs, toute mesure de nature à permettre leur rétablissement est considérée comme 'nécessaire', alors même qu'elle n'aurait qu'un rapport assez éloigné avec le problème spécifique qui est à l'origine de la crise.

Certes, à la lumière des évolutions ultérieures et, en particulier, de la jurisprudence fournie rendue, pour l'essentiel par des tribunaux administratifs, à l'occasion des troubles de 2006 sur le GPE, on peut estimer que la rigueur de cette jurisprudence s'est assouplie dans le cas de troubles d'ampleur nationale, où la responsabilité des établissements concernés n'est pas directement mise en cause³⁶. L'atmosphère a changé depuis la période d'Alice Saunier-Seïté : lorsque, ces toutes dernières années, des universités se sont retrouvées dans une situation financière inquiétante, on a vu le ministère préférer l'utilisation de procédures de conseil, de négociation, à l'exercice brutal de la contrainte. Mais c'est aussi que les manifestations de rébellion sont devenues rares du côté des établissements : dans le mouvement de concentration actuel (fusions, regroupements...), qui remet en cause l'existence même de certains d'entre eux, ils font souvent preuve d'un grand esprit de coopération.

La situation a certes évolué en matière de définition de l'offre de formation, et les pouvoirs des établissements dans la conception des diplômes se sont accrus. Mais cela est surtout dû à l'évolution des textes et, en particulier, à la renonciation, par Claude Allègre, aux méthodes traditionnelles de réforme des diplômes, pour leur substituer un raisonnement par grades³⁷. Mais le principe selon lequel l'étendue de la liberté des

34 - Conseil d'État, ord., 16 déc. 2009, Université Paris VIII – Vincennes - Saint Denis, req. n° 332872.

35 - Conseil d'État, 9 avril 1976, Sect., *SGEN*, AJDA 1977.45, note Jean-Marie Garrigou-Lagrange.

36 - Voir par ex., TA Nantes, réf., *Heslot*, req. n° 061375 ou TA Versailles, réf., 25 mars 2006, *Sanchez*, req. n° 062824.

37 - Voir sur ce point, André Legrand, « Les enjeux actuels du monopole de la collation des grades », in Charles Fortier (dir.), *Universités*, Dalloz, Paris, 2010, p. 236 et s.

établissements reste très dépendante du degré d'intervention du Ministre subsiste. L'une de ses manifestations les plus récentes réside dans le jugement très récent rendu par le Tribunal Administratif de Strasbourg, le 23 janvier 2014, enjoignant aux instances universitaires de rétablir la session de rattrapage dont elles avaient cru pouvoir décider la suppression dans le cadre de leur politique d'aménagement de l'année universitaire.

Je prendrai mon troisième exemple dans les conclusions prononcées par Jean Massot, qui n'était pourtant pas l'un des membres les moins libéraux de la Haute Assemblée, dans la mesure où elles sont révélatrices de l'opinion que celle-ci nourrissait à l'égard de l'autonomie universitaire : s'agissant de la prise de décision concernant la structure interne des universités, il proposait de laisser en cette matière, qui touche au principe même de la planification universitaire, de larges pouvoirs aux recteurs : « si la création de nouvelles UER devait toujours être décidée par les UER préexistantes, il est probable que l'enseignement de la Sorbonne n'aurait pas encore admis la révolution copernicienne »³⁸.

Tout cela traduit toute l'ambiguïté du discours officiel sur l'autonomie des universités. Comme le notaient François Gazier et Jacques Robert, derrière le caractère claironnant des proclamations de principe, la loi de 1968 elle-même avait institué de « solides butoirs », renforcés encore par la suite, pour limiter l'application du principe. Et les évolutions ultérieures des textes, qui ont tous prétendu progresser dans le sens de l'augmentation de l'autonomie, sont loin d'avoir convaincu les observateurs internationaux, qui persistent à dénoncer et à critiquer la situation française en la matière³⁹.

Comme je l'ai souligné dans plusieurs publications⁴⁰, on est même subrepticement revenu en arrière. Rebondissant sur la constatation d'Anthony Taillefait⁴¹, qui faisait remarquer que la loi de 2013 ne prononçait qu'une seule fois le mot « autonomie », alors qu'il revient en permanence dans celle de 2007, j'ai souligné la profonde différence de philosophie qui sépare les deux textes dans leur recherche d'une conciliation entre la volonté d'affirmer l'existence d'un service public de l'enseignement supérieur, la volonté de construire une politique nationale en la matière d'une part, et le principe d'autonomie des universités de l'autre, car c'est bien là que réside la question essentielle :

Alors que la loi Pécresse marquait une évolution sensible par rapport au système gaullo-mitterrandien des lois de 1968 et 1984, en misant davantage sur l'action de la 'main invisible' assurant la cohérence du jeu des acteurs autonomes installés dans le paysage, la loi Fioraso revient aux conceptions antérieures et affirme le retour à l'idée du grand organisateur. Je n'en voulais pour preuve que le texte du rapport Le Déhaut⁴², le fait qu'il commence, dès son premier paragraphe, par parler de renforcement de l'État – ce qui est quand même une manière un peu bizarre d'aborder la question de l'autonomie universitaire – et qu'il parle du passage d'un modèle d'excellence par la compétition à un modèle de performance par la coopération.

C'est de là que sort toute la politique actuelle des regroupements universitaires.

Les limites à l'intervention législative sont faibles, en dehors de la nécessité du respect de quelques règles et principes à valeur constitutionnelle rappelées dans l'avis rendu

38 - Concl. sur Conseil d'État, 10 novembre 1978, *Chevallier*, AJDA fév. 1979, p., Leb. p. 579.

39 - Le rapport de l'association des universités européennes, « University Autonomy in Europe II ; the scorecard », classe la France en 2011.

40 - Voir en particulier mon rapport en conclusion du colloque organisé à Dauphine par Elisabeth Mella sur « L'université et ses responsabilités », LGDJ 2016, p. 170.

41 - *La loi relative à l'enseignement supérieur et à la recherche du 22 juillet 2013 - Une ligne de départ pour la réforme de l'université française*, JCP éd. A, n° 51, déc. 2013, p. 39.

42 - *Refonder l'université, dynamiser la recherche*, 17 janvier 2013, La Documentation française.

par le Conseil d'État le 5 juillet 2016 : égal accès au service de l'enseignement supérieur, principe de laïcité, de gratuité pour les enseignements supérieurs dispensés dans les établissements d'enseignement supérieur, liberté de l'enseignement, principe d'indépendance des enseignants-chercheurs. Encore ces derniers sont-ils sujets à des variations d'intensité selon l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel, comme on l'a vu récemment à propos de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur. Mais tout le reste du domaine reste soumis à la réglementation législative, dans la mesure où, comme le rappelle cet avis du Conseil d'État, le principe d'autonomie des universités n'a pas de valeur constitutionnelle⁴³.

Traditionnellement, on veut voir dans l'attribution du statut d'EPSCP (établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel) la garantie de l'autonomie universitaire : au moment du vote de la loi Édgar Faure, la plupart des auteurs ont voulu voir dans l'attribution de ce statut aux universités et le retrait de la qualification à leurs composantes internes une preuve de la profonde transformation qui était en train de se mettre en place. Et ce n'est pas un hasard, si, dans le cadre de la politique de regroupements qui vient d'être évoquée, le gouvernement et le législateur ont souhaité accorder le statut d'EPSCP aux COMUE qui se mettent en place.

Mais le statut d'établissement public n'est qu'une traduction de l'attribution d'une autonomie de gestion ; il ne constitue pas une condition de l'autonomie. L'attribution de la personnalité morale est un élément indispensable pour affirmer l'existence de compétences propres. Mais, comme le relève Arnaud Lami :

L'autonomie ne saurait se réduire à cette seule considération ; l'approche qui consiste à voir dans la personnalité morale, ipso facto, la preuve de l'autonomie est doublement critiquable, d'une part, car elle ne s'intéresse pas au degré de rattachement des universités à l'État, d'autre part, car elle ne considère la capacité des établissements à prendre des décisions qu'au regard des compétences reconnues à un niveau théorique.⁴⁴

En outre, rien ne lie indissolublement l'autonomie universitaire à la seule catégorie d'EPSCP.

I. Le statut d'EPSCP

Les EPSCP constituent une catégorie particulière d'établissements publics. À ce titre, la détermination de leurs règles de fonctionnement et de leurs règles constitutives relève de la compétence législative. Figurent au nombre de ces règles la détermination et le rôle de leurs organes de direction et d'administration, les conditions de leur élection ou de leur désignation, la détermination des catégories de personnes représentées au sein de leurs conseils, celle des catégories de ressources dont ils peuvent bénéficier, la nature et les fonctions de leurs composantes internes et les conditions de désignation ou d'élection des organes de direction et d'administration de celles-ci lorsqu'elles sont dotées de compétences propres⁴⁵.

43 - Cette affirmation me pose cependant problème à la lecture des deux décisions rendues par le Conseil constitutionnel, le 20 janvier 1984 (Loi relative à l'enseignement supérieur, n° 83-165 DC, AJDA 1984.163, note Jean Boulouis ; D. 1984.593, note François Luchaire) et le 28 juillet 1993 (Loi relative aux EPSCP, n° 93-322 DC, LPA n° 27, 4 mars 1994, note Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), même si, clairement, elles consacrent davantage les dimensions individuelles des libertés universitaires que leur dimension collective.

44 - Arnaud Lami, *Tutelle et contrôle de l'État sur les universités françaises : mythe et réalité*, LGDJ, 2015, p. 53.

45 - Conseil constitutionnel, 28 juillet 1993, n° 93-322 DC, L.P.A., 4 mars 1994, note Mathieu et Verpeaux.

La notion de catégorie d'établissements publics a été définie par le Conseil constitutionnel dans plusieurs de ses décisions. Ainsi, « Doivent être regardés comme entrant dans une même catégorie les établissements publics dont l'activité a le même caractère – administratif ou industriel et commercial – et s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable⁴⁶ ». Sans entrer dans un détail ici injustifié⁴⁷, on se contentera de constater qu'à partir du moment où l'on changerait l'exercice de la tutelle, l'Université de Nouvelle-Calédonie sortirait de la catégorie des EPSCP. Sur ce point, je suis donc totalement l'avis précité du Conseil d'État.

Là où je m'en écarte, cependant, c'est dans les conclusions que l'avis tire de cette constatation. Il considère en effet que la perte du statut d'EPSCP entraîne *ipso facto* le rangement de l'université de la Nouvelle Calédonie dans la catégorie des établissements publics locaux : « *le nouvel établissement, qui ne constituerait plus une université au sens du code de l'éducation, perdrait le statut d'établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel et deviendrait un établissement public local de la Nouvelle Calédonie* ». Il me semble que cette conclusion néglige une autre possibilité : la création d'une nouvelle catégorie d'établissement public.

L'université ne serait certes pas le seul établissement sur le territoire dont l'activité aurait un caractère administratif ; elle ne serait pas non plus le seul à relever de la tutelle du territoire ; mais elle serait le seul à cumuler les deux conditions précédentes avec sa spécialité, l'enseignement supérieur. Et à ce titre, elle entrerait dans une catégorie nouvelle, dont les règles de création et d'organisation relèveraient de la compétence du législateur local.

J'avance certes sur des œufs en avançant cette proposition : mon expertise sur la question des relations entre le droit national et le droit néo-calédonien est faible et la question méritera sans doute une analyse plus approfondie de la part de spécialistes de cette question. Il me semble cependant que la nature des pouvoirs dévolus au territoire est d'une nature si spécifique qu'on ne saurait les assimiler à ceux qu'une simple collectivité territoriale exerce sur un établissement public qui lui est rattaché.

II. Les compétences de l'établissement.

Là aussi, l'avis du Conseil d'État donne une vision pessimiste des conséquences de la perte du statut d'EPSCP en particulier sur la capacité du nouvel établissement public à délivrer des diplômes nationaux. « En cas de mise en œuvre de l'article 27, l'établissement public local qui succéderait à l'université de Nouvelle-Calédonie, ne pourrait créer et délivrer que des diplômes et certificats qui lui seraient propres. Il s'ensuit que les titulaires de ces diplômes ne pourraient s'en prévaloir au plan national ».

Pour étayer ce jugement, le Conseil s'appuie sur le monopole de la collation des grades dont l'État bénéficie depuis les débuts de la III^e République et il cite les dispositions de l'article L. 613-1 du code de l'Éducation : « Les diplômes nationaux ne peuvent être délivrés qu'au vu des résultats du contrôle des aptitudes et des connaissances appréciés par les établissements accrédités à cet effet par le Ministre chargé de l'enseignement supérieur après avis du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche ». Le Conseil assortit cependant sa remarque d'une nuance, en admettant que « les conditions

46 - Conseil constitutionnel, 18 juillet 1961, 61-15 L., Institut des Hautes Études d'Outre-Mer, Rec. p. 39. Avec la décision n° 79-107 L du 30 mai 1979, ANVAR, Rec. p. 44, D. 1980 J. p. 121, note Y. Gaudemet, la notion de « spécialité étroitement comparable » est devenue « spécialité analogue »

47 - Voir Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^{ème} éd., Dalloz 2007, p. 67 et s.

dans lesquelles pourrait être accrédité, au sens de l'article L. 613-1 du code de l'éducation, l'établissement public local qui succéderait à l'Université de la Nouvelle-Calédonie pourrait faire l'objet d'un examen dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 27 ». Sinon, le Conseil recommande la mise en place d'un mécanisme d'association avec un autre EPSCP.

Il me semble que cette appréciation, qui repose sur la vision traditionnelle du monopole de la collation des grades, néglige les profondes évolutions que celui-ci a connues dans les deux dernières décennies. J'ai, à plusieurs occasions⁴⁸, souligné la novation profonde qu'avait apportée l'action de Claude Allègre dans ce dossier, en ressuscitant la notion de grade, en dissociant les deux notions de diplôme national et de grade et en introduisant un nouveau mode de raisonnement. La notion de diplôme national a perdu de son lustre ancien et la notion qui est devenue la plus importante est celle de grade. Pour illustrer la dissociation que je viens d'évoquer, je me contenterai de citer Pierre-Henri Prélot : « [...] il y a des hypothèses où le diplôme confère le grade de master, sans être lui-même un master »⁴⁹.

L'accréditation à délivrer les grades est devenue indépendante de la tutelle de l'État. Depuis les années 2000, on en a vu bénéficier de multiples écoles privées sur lesquels l'État n'exerce aucun pouvoir de tutelle. Selon l'article 1^{er} du décret n° 2002-604 du 25 avril 2002, « Le master est conféré de plein droit aux titulaires d'un diplôme de master, d'un diplôme d'études approfondies ou d'un diplôme d'études supérieures spécialisées, ainsi que d'un diplôme d'ingénieur délivré par un établissement habilité, par décision administrative prise après avis de la commission du titre d'ingénieur ». Ce texte ouvrait ainsi la porte à l'accréditation d'institutions d'enseignement supérieur de nature privée, puisque nombre d'écoles privées délivrent le diplôme d'ingénieur. Certes, ces dispositions avaient un fondement législatif évident, figurant en particulier dans l'article L. 642-1 du code de l'éducation. Mais ce fondement faisait défaut dans la plupart des extensions suivantes qui se fondaient sur une autre disposition du décret précité, autorisant la collation du grade par d'autres diplômes, de niveau analogue, figurant sur une liste ministérielle : on a ainsi ouvert la voie aux écoles de commerce ou de gestion privées.

On ne voit pas comment et au nom de quels obstacles le gouvernement pourrait s'opposer à l'accréditation d'un établissement qui gardera un statut public à conférer les grades que sont la licence, le master et le doctorat, alors qu'il a accordé ce droit pour certains d'entre eux à divers établissements privés. Certes, cela handicapera les étudiants dans leur mobilité au cours des années intermédiaires. Mais ils en garderont le bénéfice après chaque obtention des grades qui jalonnent le parcours universitaire.

48 - « Les enjeux actuels du monopole de la collation des grades », in Charles Fortier (dir.), *Université, universités*, Dalloz 2010, p. 233 ; La valeur juridique du monopole de la collation des grades, note sous Conseil d'État, ass., 9 juillet 2010, Fédération nationale de la libre pensée, AJDA 2010.1950.

49 - « Le monopole de la collation des grades. Étude historique du droit positif et de ses évolutions contemporaines », *Rev. dr. pub.* 2008, p. 1293.

LA DÉLIVRANCE DES GRADES ET DES TITRES UNIVERSITAIRES

Federico Berera

Ph. D. Engineering Science, University Of Adelaide

Délégué académique à la formation professionnelle initiale et continue
du Vice-Rectorat de la Nouvelle-Calédonie

Le Code de l'Éducation définit de manière univoque le rôle de l'État dans la délivrance des diplômes dans son article L613-1 : « L'État a le monopole de la collation des grades et des titres universitaires. Les diplômes nationaux délivrés par les établissements sont ceux qui confèrent l'un des grades ou titres universitaires dont la liste est établie par décret pris sur avis du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche ».

L'enjeu principal de ce monopole est indiqué plus loin dans ce même article : « Un diplôme national confère les mêmes droits à tous ses titulaires, quel que soit l'établissement qui l'a délivré ». L'État offre ainsi une forme de garantie de qualité pour les diplômes associés à un grade ou titre universitaire, en définissant un cadre de référence utile à la définition de parcours universitaires, ou plus généralement de parcours de formation relevant de l'enseignement supérieur.

À ce stade, il apparaît nécessaire de clarifier un point de sémantique : quelle distinction existe-t-il entre diplôme, grade ou encore titre ? Ce sont les concepts sous-jacents qu'il convient de définir clairement, au nombre de deux :

Tout d'abord, il est nécessaire d'attester de l'acquisition de nouvelles connaissances et la maîtrise de nouvelles compétences résultant d'une période de formation, et validées par un ensemble de contrôles menés en cours de formation ou au terme de celle-ci. Cette « attestation de connaissances et de compétences » est le plus souvent appelée diplôme, notamment lorsqu'il s'agit d'une certification élaborée par le ministère de l'Éducation Nationale, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche. D'autres certifications pourtant utilisent davantage le terme de titre, notamment lorsqu'il s'agit de certifications professionnelles. On trouve par exemple des titres d'ingénieurs délivrés par des universités, ou encore des titres professionnels proposés par le ministère chargé de l'Emploi.

Ensuite, face à la multiplication des certifications délivrées par un nombre toujours croissant d'organismes, et dans un contexte d'harmonisation des certifications à l'échelle européenne, voire mondiale, il est devenu utile de se doter d'un cadre de référence commun pour la classification de certifications. L'État a défini ainsi des grades universitaires auxquels peuvent être raccordées les certifications, suivant un processus établi.

Le cadre de référence des certifications comprend quatre grades universitaires, le premier d'entre eux étant le Baccalauréat. Souvent oublié, il s'agit bien là du premier grade universitaire correspondant à la fin des études secondaires, et donc à l'entrée dans un parcours de formation relevant de l'enseignement supérieur.

Ce parcours est ensuite échelonné au travers de trois paliers : licence, master, doctorat, que l'on pourrait décrire sommairement de la manière suivante. La licence correspond à un premier niveau de connaissances et compétences dans un domaine spécifié (par exemple licence de droit). Le master se situe à un niveau plus avancé, que l'on pourrait qualifier de niveau d'expertise dans un domaine donné, et enfin le troisième niveau du doctorat indique une maîtrise des concepts et une capacité à développer de nouveaux concepts dans le domaine considéré par une démarche de recherche scientifique.

Au-delà des paliers ainsi définis, ce cadre de référence ayant vocation à rapprocher les systèmes de formation supérieure de l'espace européen, un système de crédit a été mis en place dans le cadre du processus de Bologne initié en 1997 permettant de disposer d'une mesure plus fine de la construction progressive d'un parcours de formation : les ECTS (European Credit Transfer and Accumulation System). Ainsi le grade de licence correspond à l'obtention de 180 crédits ECTS, le master correspond à 120 crédits supplémentaires, et le doctorat cumule 480 ECTS.

Une fois les deux concepts fondamentaux posés (l'existence d'une « attestation de connaissances et de compétences » d'une part, que nous désignerons dorénavant par certification, et la mise en place d'un cadre de référence des certifications d'autre part), deux cas de figure peuvent alors se présenter.

Une certification peut conférer un grade universitaire, elle est donc positionnée dans un cadre de référence européen. L'organisme délivrant cette certification devra alors se soumettre à une procédure d'habilitation de la part de l'État reconnaissant la qualité de la certification délivrée.

Mais une certification peut également être délivrée sans qu'elle ne confère de grade universitaire. L'organisme certificateur a alors toute liberté dans l'organisation de la formation conduisant à cette certification, ainsi que dans les conditions de délivrance de celle-ci.

Dans le premier cas de figure, l'organisme certificateur rentre dans une logique de contractualisation avec l'État par une procédure d'accréditation de l'établissement. La procédure d'accréditation porte sur une liste explicite de diplômes délivrés par l'établissement, et se fonde sur une analyse de la capacité de l'établissement à organiser la formation conduisant à ces diplômes, avec un lien avec la recherche, une prise en compte de la carte des formations du territoire où elle est implantée, une cohérence avec les perspectives d'insertion professionnelle, etc. En somme le respect du cahier des charges imposé par l'État assure à l'établissement une reconnaissance de la qualité des certifications délivrées en leur associant un grade universitaire.

Dans le second cas de figure, l'établissement n'a pas à se soumettre à quelque contrainte externe que ce soit, et dispose d'une liberté totale dans la définition des modalités d'organisation de la formation et de délivrance de la certification, qui toutefois n'aura de valeur *a priori* reconnue que par l'établissement certificateur.

Il en résulte que l'État constitue un partenaire des établissements en leur apportant – sous condition – une garantie de la qualité des certifications conférant un grade universitaire, tout en laissant une complète autonomie à tout établissement sur la délivrance de certifications spécifiques à une politique de développement locale.

LES LIBERTÉS UNIVERSITAIRES OU LA LIBERTÉ ACADÉMIQUE

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'Université Panthéon – Assas Paris II

Membre de l'Institut Universitaire de France

Un plaidoyer en forme de synthèse⁵⁰ - Imaginons un citoyen à qui l'on a suggéré d'ouvrir le *Code de l'Éducation* pour qu'il sache ce que contient cette double expression de « libertés universitaires » ou de « liberté académique ». Il se penche alors sur le *Code commenté* publié chez Dalloz, cette bible des spécialistes du droit de l'éducation. Il cherche donc dans l'index pour s'y retrouver dans un tel massif de 2200 pages. Sa première surprise tient à ce qu'aucune de ces deux expressions n'y figure. Il y trouve comme entrées : la liberté d'association, la liberté de l'enseignement, la liberté d'expression des élèves – pas des enseignants donc ! – la liberté d'information, la liberté pédagogique, la liberté de réunion. Aucune de ces libertés ne concerne d'ailleurs l'enseignement supérieur. Un peu étonné, notre citoyen s'entête car son interlocuteur lui a certifié que la notion de libertés universitaires existait. Il consulte l'entrée « Professeurs d'université », mais il éprouve une seconde déception, car l'index se borne à renvoyer au décret du 4 juin 1984 sur le statut des enseignants-chercheurs. Or, en lisant ce décret et notamment le chapitre premier du titre premier, intitulé « droits et obligations », il ne trouve rien sur les libertés universitaires. Ainsi le décret statutaire sur les enseignants-chercheurs ne contient aucune mention de la liberté académique. Un peu découragé, il se demande si son interlocuteur juriste ne s'est pas moqué de lui. Il feuillette quand même l'index du *Code commenté de l'Éducation nationale* et tombe un peu par hasard, sur la rubrique intitulée « Personnel de l'enseignement supérieur », dans laquelle les libertés universitaires sont, une nouvelle fois, absentes. Il est néanmoins intrigué par le mot « Indépendance » qui figure en tant que sous-entrée. Il lit alors l'article L. 952-2 du Code de l'Éducation qui s'y réfère :

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.

50 - Le présent article tente de condenser les idées majeures présentée dans notre ouvrage : *Les libertés universitaires à l'abandon ? (Pour une reconnaissance pleine et entière de la liberté académique)*, Paris, Dalloz, 2010.

Cette disposition codifie l'article 57 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 dite loi Savary qui n'a été abrogée ni par la loi LRU du 10 août 2007 ni par la loi sur l'enseignement supérieur du 22 juillet 2013 (dite Loi Fioraso). C'est la seule disposition écrite en droit français qui reconnaît la liberté d'expression des universitaires dans l'exercice de leurs fonctions et qui en fixe aussi les limites. Elle n'en reconnaît pour autant pas la liberté académique en tant que telle.

Cette entrée en matière nous permet de dégager deux idées importantes pour la compréhension du sujet qu'il nous est donné de traiter.

1. À la différence d'autres pays, la France ne reconnaît pas dans un texte écrit la liberté académique qui a été le fruit davantage des « traditions universitaires », de la coutume, que du droit écrit. Ce sont des libertés fragiles, car elles sont toujours à la merci d'une modification du droit écrit, d'une loi ou d'un décret. Mais, nous objectera-t-on, le principe d'indépendance des universitaires, et notamment des professeurs d'université, n'est-elle pas la principale des libertés universitaires ?

2. C'est cette opinion que l'on voudrait réfuter en énonçant la seconde idée importante pour notre propos : les libertés universitaires et l'indépendance des universitaires sont deux concepts différents. Plus exactement, l'indépendance est une garantie institutionnelle de ces libertés. Pour le comprendre, il convient d'exposer les deux conceptions possibles de la notion ici en jeu.

Conception *stricto sensu* et conception *lato sensu* des libertés universitaires - Selon la conception extensive, les « libertés et franchises universitaires » se définissent comme « des garanties et des prérogatives accordées au service public de l'enseignement universitaire pour lui permettre d'accomplir, dans les meilleures conditions, les missions qui lui sont confiées »⁵¹. Il résulte d'une telle définition des libertés qu'elles ne sont pas accordées aux individus, les universitaires, mais au « service public » de l'enseignement supérieur. Dans cette hypothèse, la liberté académique est une liberté corporative car elle est attribuée à un groupement collectif, que ce soit d'ailleurs l'institution universitaire elle-même (liberté des universités) ou bien le « corps des universitaires » en tant qu'il représente une corporation professionnelle. Une telle liberté académique contient non seulement les libertés positives qui en découlent, mais aussi les garanties institutionnelles propres à chaque pays (statut de fonctionnaire en France, tenure aux États-Unis), les droits corporatifs issus de l'idée de participation (collégialité, cooptation, etc.) et les franchises universitaires que sont, d'un côté, la franchise juridictionnelle (la justice universitaire) et, d'un autre, la police spéciale réservée aux autorités de l'université.

Nous adopterons pourtant une autre conception plus restrictive (conception *stricto sensu*) de la liberté académique en réservant la liberté académique aux individus. La liberté académique est, selon nous, une liberté attribuée à un individu parce qu'il est universitaire. C'est cette conception restrictive que nous proposons d'adopter ici au motif qu'il ne faut pas confondre la *liberté* – la liberté académique – avec les *garanties* de la liberté – ici les garanties institutionnelles du *self-government* académique. Autrement dit, de telles garanties institutionnelles aussi importantes soient-elles – ainsi, le principe d'indépendance – ne sont plus incluses dans son concept des libertés universitaires. Entendons-nous bien : en proposant de distinguer analytiquement les libertés universitaires, en tant que telles, de leurs garanties institutionnelles, il ne s'agit pas de relativiser l'importance de ces dernières. En effet, la liberté académique sans ses garanties institutionnelles serait réduite à néant ; il est, en outre, difficile de dissocier les deux dans la pratique. On sait d'ailleurs que l'analyse juridique d'une liberté doit toujours intégrer la question de la garantie, de la technique juridique donc, comme le font tous les ouvrages de libertés publiques. Mais cela n'empêche pas de proposer la distinction analytique

51 - B. Toulemonde, « Les libertés et franchises universitaires », thèse droit Lille II, dactyl. 1971, t. I, p. 32.

consistant à séparer le concept de liberté académique de sa garantie. De ce point de vue, notre propos rompt avec la tendance dominante chez les juristes français qui se fondent constamment sur la grande décision du Conseil constitutionnel du 24 janvier 1984, dite « libertés universitaires » (n° 83-185) pour ériger le principe d'indépendance en règle fondamentale du droit universitaire et pour assimiler, implicitement, indépendance et libertés universitaires⁵². Nous plaidons en effet pour une distinction conceptuelle, tout en soulignant l'interdépendance des deux concepts.

Reste à définir cette liberté académique qui est si mal connue en France. Je reprendrai pour ma part la définition proposée par le juriste américain Robert Post (doyen de la Yale Law School) : il s'agit d'une « liberté professionnelle » (*professional freedom*), c'est-à-dire une liberté accordée à des individus parce qu'ils appartiennent à un groupe, à la communauté universitaire. Ainsi entendue, la liberté académique peut être définie comme « la liberté de poursuivre sa recherche professionnelle à l'intérieur d'une matrice de normes de la discipline définies et appliquées par ceux qui sont compétents pour comprendre et appliquer de telles normes »⁵³. Une telle définition repose sur l'idée que la liberté académique est accordée à un universitaire parce qu'il est membre d'une profession (la profession universitaire) et parce qu'il a acquis les titres nécessaires à l'exercice de sa profession ; c'est « un droit de personnes professionnellement jugées compétentes » (*the right of professionally qualified persons*)⁵⁴. Ainsi, la liberté académique ne doit pas être conceptualisée comme un droit de l'homme, acquis dès la naissance.

Un dernier mot mérite d'être ajouté pour préciser que la liberté académique ne peut être correctement appréhendée que si et seulement si l'on réussit à comprendre l'institution à laquelle elle se réfère : l'université. La liberté académique n'est pas une fin en soi : elle se justifie par le fait qu'elle n'est ni plus ni moins que « la structure fondamentale de l'université »⁵⁵. Si une telle liberté permet aux universitaires d'exercer correctement leur métier, cela signifie qu'elle n'est pas faite pour leur bien-être – en tout cas pas immédiatement – mais pour « le bien commun » (*common good*, écrit Post). Elle n'est pas un privilège inventé par les universitaires pour jouir d'une situation exorbitante du droit commun. S'il n'y avait pas cette dimension altruiste dans la liberté académique, rien ne pourrait justifier, dans le monde démocratique dans lequel nous vivons, l'existence d'un tel privilège. Il en résulte que la liberté académique ne doit pas dégénérer en « anarchie académique » pour reprendre l'expression de Sydney Hook. La logique des droits et des devoirs devrait inspirer le comportement de tout membre de la communauté universitaire, enseignant et étudiant. Ainsi, comme toute liberté, la liberté académique connaît des limites qui sont à la fois internes et externes⁵⁶.

Comme toute liberté, la liberté académique peut s'analyser de deux points de vue. Elle est d'abord une protection, une défense contre une menace exercée par des « pouvoirs » susceptibles d'empiéter sur une nécessaire sphère d'autonomie. Mais elle est aussi une « liberté faite de libertés » pour reprendre une heureuse formule du Doyen Vedel⁵⁷, qui se décline par des libertés attribuées aux universitaires de se livrer à des activités typiques de leur métier : penser, publier, enseigner et s'exprimer.

52 - C'est très visible dans les écrits d'un des meilleurs connaisseurs de cette question, Yves Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *RDP* 2008, p. 680 et suiv.

53 - R. Post, « The Structure of Academic Freedom », in B. Doumani (ed), *Academic Freedom after September 11*, New York, Zone Books, 2003, p. 72.

54 - S. Hook, *Academic Freedom and Academic Anarchy*, New York, Delta Book, 1971, p. 15.

55 - R. Post, *The Structure of Academic Freedom*, *op.cit.*, p. 73.

56 - Voir sur ce point, notre analyse in « Les libertés universitaires », in Charles Fortier (dir.), *Université, universités*, spéc. p. 341-345 ; *Commentaire* 2010, n° 130, p. 472-475.

57 - « Les libertés universitaires », *Revue de l'enseignement supérieur*, n° 4 (1960) p. 134.

I. La liberté académique comme protection ou sa prétendue définition négative

La liberté académique peut et doit s'analyser d'abord et avant tout comme une protection, une défense contre une menace exercée par des « pouvoirs » susceptibles d'empiéter sur une nécessaire sphère d'autonomie. Dans tous les pays qui ont de véritables universités, la liberté académique est perçue comme une arme de défense contre des interventions de puissances extérieures pouvant remettre en cause la liberté dont doit jouir l'universitaire pour exercer correctement son métier. En d'autres termes, la liberté académique est une liberté par rapport à quelque chose et à quelqu'un car elle s'est construite en opposition à des autorités politiques, sociales et économiques. Celles-ci entendent exercer une contrainte ou une pression, d'intensité variable, dont l'effet est de limiter ou d'anéantir la *liberté intellectuelle* propre à l'exercice du métier d'universitaire.

On trouve une trace de la reconnaissance de cette idée dans l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 (loi dite Savary) qui dispose :

Le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique.
(Art. L. 141-6 C. Educ.)

A. La liberté académique comme protection des universitaires contre des pouvoirs extérieurs

Commençons par un truisme : la liberté académique est une liberté par rapport à quelque chose et à quelqu'un car elle s'est construite en opposition à des autorités politiques, sociales et économiques qui entendent exercer une contrainte ou une pression, d'intensité variable, dont l'effet est de limiter ou d'anéantir la *liberté intellectuelle*, propre à l'exercice du métier d'universitaire. Une telle définition négative figure dans une remarque faite par Georges Vedel pour décrire la situation dont jouissait, jadis, l'universitaire français : « à quelque moment de sa carrière qu'il songe, le professeur de faculté se retrouve délié de la pesée, de la pression, de l'influence. »⁵⁸ Il reprenait cette idée après Mai 68 lorsque, faisant œuvre pédagogique, il essayait d'expliquer cette idée dans les colonnes du *Monde* : « La fécondité du travail universitaire, son efficacité dans l'ordre de la recherche et de l'enseignement, commandent de le soustraire aux pressions du pouvoir – quel qu'il soit –, d'en écarter tout système de censure, d'intimidation ou de favoritisme »⁵⁹. C'est une telle conception qu'on présente comme libérale et qu'on résume en disant qu'il s'agit d'une « liberté-autonomie » par opposition à une « liberté-participation ». Mais si l'on voulait absolument résumer l'esprit de cette « négation » contenue dans la liberté académique, il vaudrait mieux retenir l'esprit qui fonde et justifie son octroi : il s'agit ce faisant « [d']étendre l'espace du savoir désintéressé et [de] l'isoler de l'espace du pouvoir »⁶⁰. En réalité, cette idée d'une protection contre l'intervention, l'immixtion d'un tiers, c'est-à-dire d'un pouvoir (quel que ce soit ce pouvoir), constitue bien le cœur de la notion de liberté académique. Elle implique une certaine clôture du monde universitaire, clôture rendue nécessaire pour pouvoir penser le monde. Ainsi, la conquête de la liberté académique signifie partout et toujours un

58 - « Les libertés universitaires » (1960) p. 136.

59 - G. Vedel, « Les franchises universitaires » *Le Monde*, 17 juillet 1970.

60 - La formule est de Thomas L. Haskell dans un article où il retrace les origines de la conquête de la liberté académique aux États-Unis, « La justification de la liberté académique à l'heure du pouvoir/savoir » in . Allard, G. Haarscher M. Puig de la Bellacasa (dir.), *L'université en question. Marché ses savoirs, nouvelle agora, tour d'ivoire ?* Bruxelles, Labor 2001, p. 251.

affranchissement, c'est-à-dire l'émergence de franchises par rapport à une situation antérieure d'assujettissement résultant d'un pouvoir exercé par des instances de domination. Telle est ce qu'on peut appeler la dimension relationnelle de la liberté académique car elle se caractérise par une « opposition [...] à une force de contrainte lui est essentielle : elle ne peut se définir qu'en relation à l'autorité, qu'elle soit scientifique, religieuse, politique ou économique »⁶¹.

Si au cours de l'histoire moderne, les deux pouvoirs qui ont menacé la liberté des universitaires sont le pouvoir politique et les autorités religieuses⁶², il faut comprendre cependant que, de nos jours, la principale menace provient, dans les démocraties libérales, de la lourde contrainte posée par la société civile et par l'économie globalisée⁶³. D'une certaine manière, toutes les universités subissent désormais « une compétitivité supranationale qui est entièrement dominée et structure par la logique opérationnelle du système économique et de ses finalités autoréférentielles »⁶⁴. C'est contre cette menace globale et plus subtile de « l'instrumentalisation de l'Université »⁶⁵ opérée par le biais du changement des fins de l'université que la liberté académique devrait protéger les universitaires. Le risque est en effet patent de voir l'expert détrôner le savant, la bureaucratie universitaire privilégier la recherche collective sur la recherche individuelle ; le résultat en est que l'universitaire contemporain éprouve ce douloureux sentiment d'évoluer de plus en plus dans une « cage d'acier » de la bureaucratie au sein de laquelle des instances extérieures lui imposent non seulement une évaluation permanente mais aussi et surtout le contenu du programme de recherches.

B. La spécificité française : entre la surpuissance de l'Administration et la politisation des universités

Ce tableau d'ensemble dressé pour la liberté académique en général vaut aussi pour la France. Mais il convient de le nuancer en faisant la part nécessaire à la singularité de notre pays qui tient, d'une part, à l'importance de la domination de l'administration de l'université sur les universitaires, domination qui prend deux formes différentes, une centralisée et l'autre décentralisée, et, d'autre part, à une politisation de la gouvernance universitaire.

1. Historiquement, la France se caractérise évidemment par la domination, la plus ancienne, de l'État sur les universités⁶⁶. Dans notre pays, la liberté académique a donc

61 - La suite de la citation est : « Si aux pouvoirs abusifs de l'État, auxquelles les universitaires cherchaient à se soustraire par le biais d'un privilège académique, s'ajoutent aujourd'hui des pouvoirs d'ordre économique, l'université doit pouvoir bénéficier, à leur égard, d'une certaine liberté ou, en termes strictement libéraux, d'une marge de manœuvre. Car une logique économique de rentabilité, qui tend à dominer la société ou qui lui sert d'étalon de mesure, n'est pas toujours celle de l'université ». Julie Allard et Maria Puig de la Bellacasa, « Pourquoi la liberté académique ? », in *L'université en questions*, p. 234.

62 - On renvoie au premier chapitre du livre de Finkin et Post pour illustrer cette idée en Europe et aux États-Unis, Matthew W. Finkin, Robert C. Post, *For the Common Good, Principles of American Academic Freedom*, Yale Univ. Press, 2009, p. 11-27.

63 - Il me semble que Michel Freitag effectue le diagnostic correct quand il écrit : « [...] qu'advient-il de la liberté académique lorsque le "pouvoir social" ultime n'est plus localisé dans les pouvoirs politiques et religieux traditionnels et autoritaires, mais directement dans la puissance ou la toute-puissance immédiate de l'économie, et plus largement, des "organisations" et des "systèmes" autorégulés qui émanent directement de la société civile ». M. Freitag, « Liberté académique : défense d'un droit acquis ou obligation d'un engagement responsable pour l'avenir de la civilisation ? » in J. Allard, G. Haarscher, Puig de Bellasca, *L'université en questions*, p. 330.

64 - *Ibid.* p. 331.

65 - O. Beaud, A. Guyaux et Ph. Portier, « Contre l'instrumentalisation de l'Université », In *Commentaire*, N° 96, Hiver 2001-2002, p. 815-827, dans lequel nous reprenons en partie le schéma de compréhension proposé par Michel Freitag dans son ouvrage fondamental, *Le naufrage de l'Université et autres essais d'épistémologie*, La Découverte/Mauss, 1995.

66 - Voir l'article de Jean-Claude Casanova, « L'Université française du XIXe au XXe siècle. Sept thèses pour expliquer son histoire », *Commentaire*, n° 117, (Printemps 2007), p. 193-204.

dû s'affirmer face et contre l'État. Au XIX^e siècle, les universitaires ont été victimes de la politisation de l'université en raison d'un interventionnisme constant des dirigeants qui ont essayé de contrôler les personnels et même au XX^e siècle, on a vu des ministères tenter d'imposer contre des coutumes l'élection de certains universitaires. Le réquisitoire le plus féroce contre cette prééminence de l'État a été rédigé par Georges Gusdorf dans son ouvrage sur l'université publié en 1964. Il y soutient deux thèses toutes aussi radicales l'une que l'autre. Selon la première, l'institution du Recteur, avant 1968, est la preuve qu'il n'y a jamais eu de libertés universitaires en France puisque, à l'instar du préfet pour les collectivités locales, c'est lui qui incarnant l'État, décide à la place des universitaires. La seconde thèse est encore plus radicale puisqu'elle conteste la compétence de l'État à s'occuper de la « haute culture » que représente l'Université⁶⁷. Toutefois, le constat de Georges Gusdorf, s'il est logiquement irréfutable, doit être relativisé car le philosophe strasbourgeois décrivait le droit écrit alors que le doyen Vedel soulignait justement, et à la même époque, le gouffre séparant le droit de la réalité administrative. Dès 1960, il montre comment cette prétendue centralisation française s'accompagnait d'une très large autonomie et qu'il existait une subversion du principe hiérarchique. Il va même jusqu'à écrire, en 1960, que :

[...] *l'Enseignement supérieur est un service public démocratiquement géré par ses propres agents. Et cette démocratie fondée, comme on l'a montré, sur une civilisation juridique nationale, sur un statut légal et réglementaire libéral, s'est épanouie dans une tradition administrative qui va bien au-delà des libertés écrites* »⁶⁸.

Il reprendra cette thèse dans ses articles sur l'Université dite napoléonienne. Jacques Ellul corrobore cette vision plus réaliste lorsqu'il constate que « sur le plan local, [...] la relation avec les volontés de l'État n'était que lointaine et souple »⁶⁹.

C'est justement sur ce dernier point, c'est-à-dire la relation entre l'État et les universités, que les choses ont été fondamentalement modifiées : l'État est devenu interventionniste et vraiment napoléonien. Depuis les années 1960, le ministère et plus précisément l'administration centrale de l'enseignement supérieur, a étendu ses tentacules sur la vie universitaire, multipliant les contraintes professionnelles et abusant de réglementations portant atteinte à la liberté académique. On est loin de la compréhension et de la sagesse des grands commis de l'État, notamment du directeur général de l'ensei-

67 - « L'État n'a pas compétence pour prendre en régie directe la haute culture. Le domaine administratif forme un ensemble planifié où il appartient à la puissance publique de faire prévaloir ses exigences. Elle peut, elle doit gérer les finances nationales, l'instruction publique, la défense militaire et civile. Mais la haute culture échappe à la contrainte. Les aventures de l'esprit, la haute recherche, la formation supérieure constituent le domaine réservé de cette enquête fondamentale de l'homme sur le monde et sur lui-même, qui se poursuit d'âge en âge, sans considération de frontières, à travers la diversité des civilisations. L'autonomie de la vie intellectuelle est un fait. On doit constater qu'en France, elle n'est pas de droit ; L'État n'a pas tenu à son honneur d'accorder une pleine liberté à l'enseignement supérieur », *op.cit.*, Paris, Payot, 1964, p. 158.

68 - « Les libertés universitaires », 1960, p. 138.

69 - La citation entière est la suivante : « On estimait que l'enseignement devait être exempt des influences politiques, que la recherche scientifique devait être objective, que l'on ne devait pas endoctriner, mais former une intelligence critique : c'était cela, la laïcité. Et pour garantir cette vocation spécifique de la science, l'Université avait été dotée d'institutions qui lui assuraient indépendance et autonomie, non pas entières, mais sur le plan local, et la relation avec les volontés de l'État n'était que lointaine et souple », J. Ellul, « L'Université à Canossa », *Le Monde*, 14 octobre 1953.

gnement supérieur, qui laissait les universitaires gérer librement leurs facultés⁷⁰. Désormais, ce sont les cabinets ministériels qui gouvernent, sans consulter le milieu universitaire, se fondant sur l'avis de prétendus experts ou de gourous⁷¹. Ainsi est-on passé d'une pseudo-université napoléonienne fondée, *de facto*, sur une large autogestion à une université vraiment napoléonienne où la rue Descartes, siège de l'actuel ministère de l'Enseignements supérieur, impose ses *diktats* à des universités prisonnières de l'État pour des raisons financières. La politique de la carotte et du bâton tient lieu de méthode de gouvernement et les lubies de « l'expertitocratie »⁷² tiennent lieu de politique universitaire. C'est pour cette raison que, bien avant la loi LRU, des réformes, telles que la réforme du LMD, ou encore l'aberrant arrêté sur la formation doctorale de 2006, modifié le 25 mai 2016, qui impose l'appartenance à une école doctorale pour diriger des thèses ont pu être adoptées sans coup férir, avec, comme courroie de transmission, les présidents des Universités.

Mais à cette première menace de l'étatisme dirigiste, qui s'est dramatiquement actualisée, s'en ajoute une seconde tout aussi actualisée : la domination de « l'administration de l'université » sur les universitaires. Cette seconde forme d'interventionnisme administratif, qui est désormais institutionnalisée avec la loi LRU, qui n'a pas été modifiée sur ce point par la loi sur l'enseignement supérieur du 22 juillet 2013 (dite loi « Fioraso »), est encore pire que la première, car elle est décentralisée, donc plus proche des universitaires. La loi LRU oblige désormais à penser l'université moderne comme une instance de domination sur les universitaires eux-mêmes en raison même du mode de cette gouvernance « présidentielle » qu'elle instaure : elle organise non pas un *self-government* des universitaires, mais au contraire la domination d'un appareil administratif sur les universitaires eux-mêmes. C'est ce que signifie l'expression « l'administration de l'université » que l'on doit retenir pour souligner l'extranéité de ce pouvoir par rapport aux universitaires alors même qu'il s'agit d'un pouvoir élu, c'est-à-dire de membres élus au sein de la communauté universitaire. Faut-il rappeler aux inspireurs de la loi LRU que, aux États-Unis, la bataille en faveur de la liberté académique fut d'abord livrée contre les « trustees » les membres du Conseil d'administration (*Board*) qui considéraient qu'ils pouvaient traiter les professeurs comme leurs secrétaires ? Dans un livre de 1918 sur l'enseignement supérieur datant de 1918, le grand sociologue américain Thorstein Veblen dénonçait la primauté de la bureaucratie comme l'un des trois grands dangers pesant sur la liberté académique et sur l'université. Il y voyait un moyen de contrôler

70 - Le témoignage de Georges Vedel est ici aussi instructif sur le droit d'avant Mai 68 : « C'est ici le lieu de rendre hommage à ceux qui ont permis que cette tradition se formât. Car enfin tel Ministre eût pu revendiquer les prérogatives que la loi lui reconnaît ; plus encore, tel Directeur général de l'Enseignement supérieur, tel chef de service responsables eussent pu, appuyés par les textes, défendre farouchement des frontières. Ils ne l'ont pas fait. Non point certes par paresse, car il est peut-être plus fatigant d'être à l'écoute d'une corporation aussi glorieusement individualiste, de s'efforcer de coordonner et de rationaliser tant d'initiatives et de projets surgis des facultés, des conseils et des commissions, de plaider auprès des Finances ou de la Fonction publique le dossier toujours ouvert des doléances, de trouver les crédits et les personnels que de trancher et de décréter. Mais de la part des hommes, ce fut sagesse et amitié ». Il est bien placé, ajoute-t-il pour « savoir qu'un directeur général est d'abord un maître aussi sensible que n'importe lequel d'entre nous à nos libertés, plus compréhensif que quiconque de nos problèmes, tourné vers les universités, les facultés, leurs professeurs et inlassablement chargés de leurs dossiers. Ses collaborateurs ne sont pas en majorité des universitaires, mais ils aiment ces services et ces corps qui leur compliquent peut-être davantage l'existence administrative que ceux qu'ils rencontreraient dans d'autres maisons et ils finissent par trouver plus de saveurs à leurs défauts qu'à des qualités plus plates et moins pittoresques ». « Les libertés universitaires » (1960), p. 138-139.

71 - Cette absence de concertation est dénoncée, à juste titre, par Antoine Compagnon, « Examen de rattrapage », *Le Débat*, n° 156 (sept.-octobre 2009), p. 169.

72 - Je reprends une formule utilisée par Philippe Raynaud, dans son article « Université », in *Commentaire*, n° spécial des 30 ans, 2008.

par en haut l'activité des facultés, et il se moquait du présidentialisme des présidents d'Université, les traitant malicieusement de « capitaines d'érudition »⁷³.

En France, le résultat de l'emprise administrative est très concret : conjugué avec la massification de l'université et son scandaleux sous-encadrement administratif, le réformisme institutionnel a eu pour effet, au cours des trente dernières années, de réduire drastiquement le temps libre de travail de l'universitaire pour le transformer en un homme-Protée censé savoir tout faire, du secrétariat administratif au management d'équipe, de l'enseignement et éventuellement de la recherche (recherche, à partir de laquelle il sera évalué sur des critères quantitatifs)⁷⁴. Il faudrait donc penser cette réduction du temps « libre » comme une atteinte à la liberté de la recherche et de la pensée ; celle-ci ne peut se déployer que dans un cadre adapté et suppose une disponibilité que l'institution devrait offrir à l'universitaire. En France, cela est de moins en moins le cas⁷⁵.

2. Toutefois, comme si cela ne suffisait pas pour assombrir le tableau d'ensemble, la surpuissance de l'administration n'est pas le seul trait singulier du paysage universitaire français. Le second trait réside dans la « politisation des universités » qui est un danger qui peut toujours se manifester à tel ou tel moment. En effet, le ministère de l'Enseignement supérieur et le Gouvernement peuvent, toujours à tout moment, céder à la tentation d'user de leur pouvoir puisque l'État domine les universités, fussent-elles autonomes. On le voit bien à propos des nominations au Conseil national des universités où le pouvoir intervient pour un tiers des membres, sans que l'impartialité des choix opérée soit toujours respectée, ou encore à propos de certaines nominations au Conservatoire national des Arts et Métiers⁷⁶ ou à l'Institut Universitaire de France qui ont défrayé la chronique, lorsqu'il a fallu faire de la place pour faire entrer un sociologue bien « en cour » qui n'avait pas été élu par le jury senior. La faveur est toujours susceptible d'être réactivée comme mode de gestion régalien des universités, et c'est de nos jours une menace qu'il convient de prendre au sérieux.

3. Ainsi, la singularité française en matière de liberté académique réside dans la double menace jumelle que constitue, d'une part, la surpuissance de l'administration de l'université (l'État ou de l'université décentralisée), et d'autre part, d'une certaine « politisation ». C'est pour protéger cette liberté que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision fondamentale du 20 janvier 1984 (n° 84-165), « constitutionnalisé » le principe d'indépendance des professeurs en le qualifiant de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Nous avons pu effectuer ailleurs la démonstration selon laquelle ce principe d'indépendance a été essentiellement pensé comme un moyen de s'opposer à la « domination syndicale » et donc un moyen de lutter contre la politisation des universités françaises, legs malencontreux de Mai 68⁷⁷. Tel est le sens profond de ce principe d'indépendance, principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui visait

73 - The Higher Learning in America, New York, 1918, p. 70 et s.

74 - La *Revue du MAUSS*, n° 33 (1^{er} semestre 2009), *L'Université en crise, mort ou résurrection ?* Paris, La Découverte, contient toute une série d'articles (notamment p. 105 à 224) qui décrivent la logique folle dans laquelle l'université « fonctionnelle » est engagée et qui constitue une véritable négation d'un véritable lieu de savoir. Voir surtout la « Présentation » de ce numéro par A. Caillé et Ph. Chanial, p. 5-30.

75 - Pour une présentation humoristique de la vie quotidienne d'un *homo academicus* français, voir le témoignage d'Olivier Jouanjan, « Le Carnet de Notes de Sigismond Pnine », in Pierre Jourde (dir.), *L'Université : la grande illusion*, Paris, Esprit des péninsules, 2007, p. 217-263.

76 - Il s'agit de la nomination à la chaire de criminologie, de M. Alain Bauer, président de l'Observatoire national de la délinquance (OND), par un décret publié le 29 mars 2009. Voir l'article de Michel Lallement, C. Lazerges, Ph. Milburn, « Nous contestons la nomination de M. Bauer », *Le Monde* du 12.2.2009, les auteurs contestant la création d'une « chaire sur mesure ».

77 - *Les libertés universitaires à l'abandon ?* Chap. 3, p. 125-131.

principalement à « casser » le système du collège unique, perçu comme le cheval de Troie de la domination syndicale dans le gouvernement des universités. L'importance de ce principe d'indépendance ne vaut que par son implication concrète, à savoir la nécessité d'une « représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté universitaire » (DC 83-185, cons. 27)⁷⁸. Est donc contraire à la Constitution l'institution d'un collège électoral unique dans lequel les professeurs seront le plus souvent minoritaires.

Résumons les précédents développements : il faut donc interpréter le cœur de la liberté académique comme la négation d'un assujettissement, d'une subordination à tout pouvoir, quel que ce soit ce pouvoir. Comme pour toute liberté, elle doit être garantie et cette liberté négative est protégée par le principe d'indépendance des universitaires.

II - Le contenu positif des libertés universitaires : « une liberté faite de libertés »

Le fait d'appréhender la liberté académique comme une protection contre des menaces portant sur l'indépendance (surtout intellectuelle) de l'universitaire n'épuise pas le sujet car il reste à connaître, plus positivement, son contenu concret. Ce dernier est divers comme l'indique la formule du doyen Vedel : elle est « liberté faite de libertés »⁷⁹.

Quelles sont donc les libertés constitutives de la liberté académique ? On ne peut pas se contenter de la lecture de l'article 34 de la loi Savary cité plus haut (art L. 952-2) qui se borne à énoncer la liberté d'expression. Il faut donc tenter de discerner le contenu de cette liberté.

Mais avant de l'examiner, il faut revenir sur la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 qui contient un considérant fondamental pour comprendre la place décisive des libertés universitaires dans l'économie de la constitution universitaire. Sous la plume inspirée du doyen Vedel, qui a déroulé les conséquences de l'article 3 de la loi Savary⁸⁰, le Conseil a en effet décidé : « Considérant dès lors que, par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent, mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables » (cons. 19)⁸¹.

Autrement dit, « dans l'intérêt même du service », il faut que les universitaires – les « personnels » pour reprendre cette bien vilaine expression du législateur utilisée par le Conseil constitutionnel – c'est-à-dire *tous* les enseignants universitaires, professeurs comme maîtres de conférences, jouissent de la liberté académique. On peut traduire la portée de ce considérant par une formule classique en libertés publiques : « la liberté est le principe et tout texte constituant une restriction à la liberté académique doit s'inter-

78 - La différence est frappante avec la décision du 6 août 2010 (20/21 QPC) où le Conseil constitutionnel ferme délibérément les yeux sur les implications concrètes, les effets directs, de la loi LRU pour n'avoir pas à déclarer inconstitutionnelles les dispositions de la loi contestées et relatives au recrutement. La lecture du PV de la délibération de la décision du 20 janvier 1984 apprend que M. Legatte déclare que « pour censurer l'article 39, il faudrait que celui-ci supprime, et pas seulement porte atteinte, à la liberté et à l'indépendance des professeurs ». Le rapporteur lui répond : « si l'article 39 avait pu conduire à des abus, Monsieur Vedel admet qu'il n'aurait pas proposé son annulation. Mais il considère que l'article 39 et le collège unique entraînent des effets directs sur l'indépendance et la liberté des professeurs nécessairement contraires à la Constitution », PV délib. 20 janv. 1984, p. 52.

79 - « Les libertés universitaires », (1960), p. 134.

80 - « Le service public de l'enseignement supérieur est laïque et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique (...) ».

81 - 20 janv. 1984, Conseil constitutionnel, décision n° 83-165 DC

prêter restrictivement »⁸². On voit aussi et surtout que la loi ne fait que refléter une nécessité intrinsèque à l'exercice du métier universitaire. « Par leur nature même », ces deux fonctions propres au métier d'universitaire (enseignement et recherche) appellent une entière liberté qui est attribuée aux professeurs et autres enseignants statutaires. Ainsi, le Conseil constitutionnel opère un basculement décisif en plaçant les libertés au centre de la fonction universitaire. La formule de « l'intérêt du service », qui peut être interprétée de manière restrictive pour désigner non seulement les obligations des fonctionnaires, mais aussi les limites aux libertés universitaires⁸³, est ici métamorphosée en son contraire : elle devient le synonyme de liberté, et implique des droits autant que des obligations. Le Conseil constitutionnel a consolidé la liberté académique en estimant que le statut d'universitaire se définissait principalement, par la nature même de ses fonctions qui requièrent sa liberté et donc leur accordent la possibilité de résister victorieusement à des pressions, des influences. *C'est le caractère central de la liberté dans le métier d'universitaire qu'il a ainsi reconnu*. Il reste cependant à déterminer quelles sont les libertés qui se cachent derrière ce pluriel des « libertés » universitaires. Il y en a trois : la liberté de la recherche, la liberté d'enseignement et la liberté d'expression.

A. Liberté de la recherche, élément singulier de la liberté académique

Tout comme la liberté académique, la liberté de la recherche est le parent pauvre du droit des libertés publiques⁸⁴ mais, dans le droit de la recherche, il a fait l'objet de solides investigations dont on essaiera de rendre compte⁸⁵ en conservant l'optique de ce livre : étudier cette liberté à partir du statut des universitaires, c'est-à-dire la considérer comme une part de la liberté académique.

La reconnaissance de la liberté de la recherche a supposé une rupture avec l'ancienne représentation de l'université (médiévale) qui avait pour mission d'enseigner la « vérité » sans tolérance pour les erreurs définies de manière dogmatique. Par opposition à cette conception dogmatique de l'université médiévale, l'université moderne repose sur le principe de la liberté de la recherche. Ce qui est fondamental est « *non plus le droit d'enseigner la vérité, mais celui de rechercher la vérité* »⁸⁶. Cette transformation fut assez lente en France où l'université dogmatique, héritée de la Sorbonne, a eu longtemps des résidus manifestes. Au XIX^e siècle, on trouve des dispositions réglementaires conférant à la faculté de médecine de Paris le droit de contrôler et de remettre en cause le contenu d'une thèse de doctorat (en 1868, sous le second Empire, elle refusa de valider une thèse sur le libre-arbitre humain⁸⁷).

Mais si la liberté de la recherche est d'origine assez récente, car l'expression de recherche scientifique est elle-même récente, elle a largement été précédée par la liberté de pensée dont la conquête est inséparable du rationalisme des Modernes⁸⁸. Depuis lors, elle s'est émancipée et autonomisée. Elle est reconnue, en France comme à l'étranger, et aussi bien en droit interne qu'en droit international, comme une liberté à part entière. Elle a même obtenu la reconnaissance suprême – si l'on peut dire – en devenant l'objet de

82 - A. Prüm, R. Ergéc, « La liberté académique » *RDP*, 2010, (n°1), p. 11..

83 - Voir le chap. 4 des *Libertés universitaires à l'abandon ?* p. 147 et suiv.

84 - Comme le constate M.-A. Hermitte dans son introduction au livre qu'elle a dirigée, « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. Hermitte, *La liberté de la recherche et ses limites. Aspects juridiques*, Paris, Romillat, 2001 p. 23.

85 - On renvoie toutefois à l'ouvrage collectif dirigé par M.-A. Hermitte, *op.cit.* ; et à la thèse de C. Fortier, « L'organisation de la liberté de la recherche en France. Étude de droit public », Dijon, 2004, thèse dactyl.

86 - Sidney Hook, *Academic Freedom and Academic Anarchy*, 1973., p. 15.

87 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 641.

88 - Voir pour un historique de la liberté de la recherche qui la fait remonter au XVII^e siècle, C. Blazot-Hazard, *Droit de la recherche scientifique*, Paris, PUF, 2003, p. 15.

dispositions spécifiques dans certaines constitutions écrites⁸⁹ et dans des déclarations internationales des droits fondamentaux tout comme dans le Traité sur l'Union européenne⁹⁰. Comme on l'a judicieusement relevé, elle a été inscrite, après 1945, dans la constitution de certains États en réaction à deux épisodes politiques, le nazisme et le stalinisme, au cours desquels le pouvoir politique avait asservi la science⁹¹.

Le contenu de la liberté de la recherche - En quoi consiste donc une telle liberté ? Plus exactement, quels sont les droits et obligations qui découlent de sa reconnaissance ? Une première réponse à cette question figure dans les commentaires de l'article 5 de la Loi fondamentale allemande de 1949 qui fait de la « *liberté de la science* » (*Wissenschaftsfreiheit*) un droit fondamental (*Grundrecht*). Les juristes allemands ont justifié la constitutionnalisation de cette liberté qui est particulière : « la science est essentiellement l'aspiration à la connaissance qui doit être une recherche critique orientée non pas vers un résultat espéré, mais l'objectivité »⁹². On a déjà mentionné l'existence de ce principe du *free inquiry*⁹³ et il suffit de rappeler que « la liberté de la pensée est la fondamentale justification philosophique de la liberté de la recherche »⁹⁴. Cette dernière a une autonomie, c'est-à-dire, qu'elle existe par elle-même, sans qu'on doive en faire l'appendice d'une autre liberté comme la liberté d'expression⁹⁵, par le simple fait qu'elle se matérialise par des éléments qui lui sont intrinsèques et que l'on ne peut inclure dans aucune autre catégorie de libertés.

Lisons en effet la déclaration des universités britanniques sur la liberté académique, l'un des documents les plus récents sur la question. Elle range au sein de celle-ci non seulement la liberté d'enseignement et la liberté d'expression, mais aussi « la liberté de mener sa recherche sans immixtion commerciale ou politique et la liberté de diffuser et de publier les résultats de sa propre recherche »⁹⁶. Ainsi apparaît la double composante de la liberté de la recherche dont jouit tout enseignant-chercheur : d'un côté, le droit de participer au « processus d'investigation permettant l'acquisition des connaissances » et, d'un autre côté, le droit de « voir ses résultats non seulement divulgués, mis à la disposition de la communauté scientifique comme du grand public, mais surtout mis en valeur socialement »⁹⁷. Dans le premier droit figure une liberté importante pour les scientifiques qui est celle de procéder à des expérimentations. Une telle liberté est nécessaire pour permettre l'acquisition des connaissances et surtout pour effectuer la démonstration des hypothèses de travail. Comme on le verra, c'est une liberté désormais contrôlée à tel point qu'on parle de régulation de cette activité par le droit de l'expérimentation conçu comme un droit objectif, et non subjectif⁹⁸.

89 - Voir pour les détails, les réf. données par Ch. Fortier, *op.cit.*, p. 24-30.

90 - Voir l'art. 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intitulé Liberté des arts et des sciences, « Les arts et la liberté scientifiques sont libres. La liberté académique est respectée ».

91 - M.-A. Hermitte, *op. cit.*, p. 21. De même, après la chute du Mur, ce n'est nullement le fait du hasard si les anciens États satellites de l'Union soviétique ont cru bon de mettre dans leur constitution la reconnaissance de « la liberté de la vie scientifique » (Hongrie, art. 70), « la liberté de la recherche scientifique » (Slovaquie, art. 43) et « la liberté de création scientifique » (Slovénie, art. 59) – ex. cités par Ch. Fortier, thèse préc., p. 24 s.

92 - N. Florio La liberté d'expression et la liberté académique dans les universités en droits allemand, français et suisse, thèse de droit, Lausanne, 1979, p. 156.

93 - *Ibid.* p. 156.

94 - Ch. Fortier, « *La liberté du chercheur public* », in Jacques Larrieu (dir.), *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, LGDJ, 2009, p. 121.

95 - C'est ce que font les auteurs américains, C. Noiville, « *La liberté de la recherche en droit américain* » ; M.-A. Hermitte (dir.), *op.cit.*, p. 93.

96 - Ch. Fortier, « *La liberté du chercheur public* », in Jacques Larrieu (dir.), *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, LGDJ, 2009, p. 121.

97 - Ch. Fortier, « *La liberté du chercheur public* », p. 120.

98 - En ce sens, M.-A. Hermitte, art. préc., p. 28.

Le second droit qui découle de la liberté de la recherche est le droit de divulguer les résultats de la recherche scientifique, sous toutes ses formes. On doit, à cet égard, revenir sur la décision précitée du Conseil constitutionnel en date du 29 juillet 1994. Ce qui était en jeu, c'était la disposition du projet de l'emploi de la langue française qui subordonnait l'octroi par une personne publique de toute aide à des travaux d'enseignement ou de recherche à l'engagement pris par les bénéficiaires d'assurer une publication ou une diffusion en français de leurs travaux ou d'effectuer une traduction en français des publications en langue étrangère auxquelles ils donnent lieu. Tel était le principe auquel on pouvait déroger si l'on obtenait une autorisation accordée par le Ministre de la Recherche. Le Conseil constitutionnel a censuré une telle disposition au motif qu'elle fixait des contraintes qui portaient atteinte « à l'exercice de la liberté de communication et d'expression dans l'enseignement et la recherche ». Il considère que la dérogation ministérielle est une garantie insuffisante car elle « n'est assortie d'aucune condition relative notamment à l'appréciation de l'intérêt scientifique et pédagogique des travaux ». C'est la condition matérielle d'une liberté qui est niée dès lors qu'on exigeait, pour une subvention de l'État français, que les résultats fussent publiés en français. Une telle exigence avait sa logique (la défense linguistique), mais elle heurtait non seulement les usages en vigueur dans le monde de la recherche internationale (la domination de la langue anglaise dans les sciences dures) mais aussi le droit à la divulgation des résultats scientifiques. C'est donc ce corollaire de la liberté de la recherche qui était atteint par le projet de loi. L'intérêt scientifique doit prévaloir sur l'intérêt linguistique et, donc, la divulgation sur le reste.

Tel est le versant des droits afférents à la liberté de la recherche. Mais il n'y a pas de droits sans obligations ou devoirs corrélatifs. Qui doit respecter ces droits ? C'est l'État qui doit s'acquitter d'une double obligation. La première, découlant de la liberté de la recherche, est son abstention dans la détermination du domaine de la science. En raison de la liberté principielle évoquée plus haut :

L'État n'a pas la possibilité de fixer unilatéralement les frontières de la science, car l'autonomie de cette dernière ne serait plus garantie. Seul, le savant est habilité à savoir s'il exécute un travail scientifique ou non. En principe, il peut choisir librement ses objets d'étude sans être tenu ou viser systématiquement à un rendement économique éventuel, ou à une implication sociale immédiate. C'est la culture qui demeure son but, et c'est à lui qu'il incombe de s'y astreindre.⁹⁹

En d'autres termes, l'État ne peut pas décider, à lui seul, ce qui est scientifique et ce qui ne l'est pas. Cela signifie que l'État ne peut imposer, directement ou indirectement, à des universités autonomes le contenu de la recherche scientifique (gouvernement des universités, conçu comme garantie institutionnelle et corporative de la liberté académique, exige de la garantie institutionnelle) ni à un universitaire la circonscription de son domaine de recherche¹⁰⁰.

Toutefois, ce devoir de l'État peut prendre une autre forme plus positive. Il a une obligation d'action : il doit aider la liberté de la recherche à se concrétiser, c'est-à-dire qu'il

99 - N. Florio, thèse précitée, Lausanne, 1979, p. 156

100 - *In the one view, research was an activity to be initiated and directed from within the university. The searcher was to be independent, not only with respect to its conclusion, but to his choice of an area of work. To fill the gaps in knowledge that continuing inquiry revealed, to conduct investigations a the logic of a discipline directed – these were to be the functions of academic inquiry. Practical results might be forthcoming, but inquiry should be allowed to push against any of the frontiers of knowledge, and not merely along that border where material benefits were promised, W. Metzger, "The Age of the University", in R. Hofstadter, W. Metzger, *The Development of Academic Freedom in the United States*, Columbia Univ. Press, New York, 1955, p. 381 (mis en italiques par nous-même).*

doit la promouvoir, « encourager certaines recherches »¹⁰¹. Mais comme on le devine aisément, cette action peut se révéler ambivalente. Il peut glisser rapidement du « pilotage » de la recherche à la direction autoritaire de la recherche et abuser de sa fonction de bailleur de fonds. La libre recherche (individuelle et collective) peut être entravée par le fait que certains sujets sont déclarés porteurs et reçoivent des crédits tandis que d'autres ne le sont pas et ne peuvent pas être menés à bien. Ce risque n'est pas nouveau mais il est aggravé par les nouveaux modes de financement public (contrats, nouvelle agence comme l'ANR, etc.) qui se font sur « projet », et sur des projets dont le contenu est parfois plus sensible à « l'air du temps » qu'à la science. Tel est le problème de « la confrontation, classique en droit public, des intérêts collectifs et des droits individuels »¹⁰². En l'occurrence, il « s'agit de concilier l'orientation et la structuration de la recherche par les pouvoirs publics avec le principe de la liberté des scientifiques »¹⁰³.

Mais dira-t-on, où trouvez-vous la source d'une telle liberté de recherche ? Il nous semble que le seul élément figure dans la loi du 12 novembre 1968 la loi Faure, et en particulier dans son article premier al.4, désormais codifié à l'article L. 123-9 du Code de l'Éducation nationale. Cette disposition était insérée dans les missions de l'enseignement supérieur – ne requérant pas moins de 13 alinéas – et elle était la suivante :

À l'égard des enseignants-chercheurs, des enseignants et des chercheurs, les universités et les établissements d'enseignement supérieur doivent assurer les moyens d'exercer leur activité d'enseignement et de recherche dans les conditions d'indépendance et de sérénité indispensables à la réflexion et à la création intellectuelle.
(art L.123-9 C. Educ.)

Une telle disposition qui a survécu aussi bien aux lois de 1984 (Savary), de 2007 (LRU) et de 2013 (loi ESR), s'avère encore plus si intéressante si on la lit en parallèle avec le premier alinéa : « Les universités et les établissements auxquels les dispositions de la présente loi seront étendues ont pour mission fondamentale l'élaboration et la transmission de la connaissance, le développement de la recherche et la formation des hommes ». Ainsi, les universités doivent se soucier de donner à leurs universitaires un cadre de travail adéquat, ce qui suppose non seulement l'indépendance mais la sérénité, condition du travail intellectuel, et aussi leur permettre de développer la recherche dans l'institution à laquelle ils appartiennent. On retrouve l'idée selon laquelle la liberté académique est un moyen au service d'une fin et qu'il est difficile de dissocier la liberté individuelle du chercheur de la liberté collective de l'institution universitaire.

On ne détaillera pas un autre pan de cette liberté de la recherche qui est celui des limitations et des limites juridiques à une telle liberté. On a pu ailleurs démontrer que le développement uniforme et technocratique des écoles doctorales et de centres de recherches a imposé une sorte de « caporalisation » de la vie universitaire qui porte gravement atteinte à la liberté individuelle du professeur qui peut voir notamment sa liberté de diriger des thèses, réduite à néant¹⁰⁴. Par ailleurs, comme pour toute liberté, la liberté de recherche ne va pas sans limites juridique. Le droit de la bioéthique a notamment imposé des limites aux chercheurs, interdisant par exemple des expérimentations en matière de clonage humain.

101 - M.-A. Hermitte, art. préc.

102 - Ch. Fortier, « La liberté du chercheur public », p. 116.

103 - Ibid., p. 117.

104 - O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?* p. 64-71.

B. Liberté d'enseignement et liberté d'expression

Les deux autres libertés constitutives de la liberté académiques ne sont pas propres aux universitaires, mais elles ont une coloration spécifique quand elles sont attribuées à ceux-ci. La première est la liberté d'enseignement et la seconde est la liberté d'expression.

La liberté d'enseignement : une composante traditionnelle de la liberté académique - Il ne s'agit pas d'entendre ici la liberté d'enseignement au sens de la liberté de création d'universités non étatiques, au sens retenu par la loi du 12 juillet 1875 proclamant la liberté de l'enseignement supérieur¹⁰⁵. C'est parce qu'ils entendent en ce sens la liberté d'enseignement que certains auteurs conçoivent les « libertés universitaires » au sens de cette liberté pour l'enseignement supérieur qui serait l'équivalent la liberté pour l'enseignement primaire et secondaire, à savoir la liberté d'avoir des universités privées¹⁰⁶.

L'acceptation de la liberté d'enseignement, entendue au sens de composante de la liberté académique, correspond à celle entendue par Maurice Hauriou quand il notait, non sans satisfaction, que « les membres de l'enseignement supérieur ont conquis la pleine liberté de leur enseignement, mieux que cela, la liberté de leurs opinions personnelles, la liberté de conscience »¹⁰⁷. Il n'est pas toujours aisé de distinguer une telle liberté d'enseignement de la liberté d'expression ; il arrive même très souvent qu'on les confonde en raison du chevauchement de leurs objets. Selon nous, c'est la fonction d'enseignement dans le supérieur qui détermine la nature et les contours exacts de cette liberté d'enseignement.

Fonction d'enseignement universitaire - La fonction d'enseignement (et de recherche) se distingue fondamentalement de « la fonction administrative ordinaire » car elle n'a pas pour objet « l'application d'une politique déterminée »¹⁰⁸. Elle suppose l'expression d'opinions personnelles de la part des enseignants qui, par ailleurs, s'adressent à un auditoire beaucoup plus mûr qu'au lycée ou au collège. De ce point de vue, la différence de l'enseignement supérieur avec l'enseignement secondaire tient à ce qu'un :

*Enseignement de type universitaire, qu'il soit d'économie, d'histoire, de physique nucléaire, peu importe, se situe nécessairement dans un débat en cours, dont il faut connaître l'histoire et les frontières actuelles. Voilà pourquoi un professeur d'université n'enseigne pas un programme imposé, 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 collègues.*¹⁰⁹

La liberté est donc consubstantielle à l'enseignement universitaire. C'est ce que pouvait énoncer, au sein d'une commission de la première assemblée constituante élue en octobre 1945, un grand homme politique doublé d'un universitaire (André Philip) : la liberté d'enseignement :

*C'est la liberté pour tout homme d'enseigner ce qui lui paraît conforme à la vérité ; c'est la garantie de la liberté du maître dans l'exercice de sa fonction. Cette liberté très limitée dans son exercice en ce qui concerne l'enseignement primaire, l'est moins dans le secondaire, et est à peu près totale dans le supérieur, là où le maître s'adresse non plus à des enfants infiniment malléables, mais à des adultes ayant une personnalité affirmée.*¹¹⁰

105 - P.-H. Prélôt, *Les établissements privés d'enseignement supérieurs*, Paris, LGDJ, 1989 ; J.-J. Bienvenu, « La fabrication d'une loi sur l'université. La loi du 10 juillet 1896 », *RD publ.* 2009. 154.

106 - J. Rolin, *Les libertés universitaires*, Paris, 1947.

107 - *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 745.

108 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 633.

109 - P. Tortonese, « Éloge de l'universitaire », *RD publ.* 2009. 1003.

110 - « Séances de la commission », p. 187 ; cité par J. Théry, concl. sur CE Sect. 5 avr. 1974, Leroy, *AJDA* 1974.

On retrouve l'écho de cette pensée dans la maxime de Jean Rivéro et selon laquelle le professeur d'université possède « l'entière liberté d'enseigner ce qu'il estime vrai dans la discipline qui est la sienne, quelles que soient les implications philosophiques ou politiques de cette vérité »¹¹¹. Il convient de dérouler toutes les implications d'une telle formule.

Liberté pédagogique - Il résulte donc comme premier corollaire de cette liberté d'enseignement ce qu'on pourrait appeler la liberté pédagogique. Certes, en France, il existe un programme de cours fixé nationalement, mais « dans ce programme, il est de tradition que le professeur détermine librement son programme d'enseignement, ses méthodes pédagogiques et le contrôle de connaissances »¹¹², même si la tendance lourde est, ici comme ailleurs, à la restriction de la liberté pédagogique. Les manifestations empiriques de cette liberté d'enseignement sont multiples. Sans prétendre à l'exhaustivité, on rappellera que les enseignants du supérieur ne reçoivent pas (du moins pas encore...) d'instructions ministérielles concernant l'accomplissement de leurs tâches pédagogiques. Par ailleurs, ils ne sont pas contrôlés pour ce qui concerne les examens, comme l'exprime le fameux principe de la souveraineté des jurys, principe intimement lié à celui de l'indépendance des universitaires. La jurisprudence rappelle que le ministère n'a pas à s'ingérer dans le choix du sujet, ni dans l'appréciation de l'épreuve¹¹³.

Liberté critique - Le second corollaire de cette liberté d'enseignement est la liberté critique¹¹⁴. Il peut à l'occasion de son enseignement, critiquer les doctrines admises, conformément au véritable esprit universitaire. Puisque cet esprit critique semble un peu perdu de vue par nombre d'enseignants dans les facultés de droit, il n'est pas inutile de rappeler le propos très lucide de Georges Morange :

*Le professeur des facultés de droit qui limiterait son enseignement à la description des institutions et à l'appréciation de leur légalité, aurait de ses fonctions une conception singulièrement étriquée. Il se doit, dans un esprit de recherche scientifique, de procéder également à un examen de l'opportunité des institutions, des actes juridiques, dont il est appelé à connaître.*¹¹⁵

Neutralité - Enfin, le troisième corollaire de cette liberté d'enseignement est ce qu'on appelle la neutralité dans l'enseignement supérieur¹¹⁶. La première facette de cette neutralité est la neutralité religieuse. Toutefois, une particularité du droit universitaire tient à ce que l'obligation de laïcité y est atténuée. C'est au nom de cette liberté qu'il n'y a, à la différence de l'enseignement secondaire, « aucune incompatibilité entre l'accès à l'enseignement supérieur et la qualité de Ministre du culte : la neutralité ne saurait mettre un obstacle aux exigences de la recherche et du vrai »¹¹⁷.

L'autre face de la neutralité est la neutralité politique. Il est de tradition que, comme les autres enseignants, l'enseignant universitaire « est tenu, dans l'exercice de ses fonctions, de respecter auprès des élèves ou des étudiants, toutes les convictions religieuses ou politiques et de s'abstenir de toute propagande pour ou contre un parti ou une confes-

111 - « Les droits et obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 4, p. 132.

112 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 679.

113 - Pour la jurisprudence, v. B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 684, note 158.

114 - G. Drago, « La liberté de critique universitaire », in D. Corrigan-Carsin (dir.), *La liberté de critique*, Paris, Litec, 2007, p. 65.

115 - Cité par B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 648.

116 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 641 s.

117 - J. Rivéro, *op.cit.*, p. 129.

sion »¹¹⁸. C'est cette règle classique que rappelait Raymond Aron au début d'une série d'articles sur l'université en juin 1968. Avant mai 68, expliquait-il :

*[...] les enseignants sauvegardèrent la distinction du savant et du politique : liberté entière d'opinion et d'expression hors des amphithéâtres, effort sincère vers la pensée objective ou rationnelle dans l'enseignement (même si cet effort n'atteignait jamais pleinement son but), relations entre collègues autant que possible soustraites aux passions du forum et soumises à la loi non écrite de la liberté d'engagement au-dehors et de la neutralité politique au-dedans.*¹¹⁹

C'est justement cette séparation qui a volé en éclats lors de Mai 68 et de l'après-Mai 68 entraînant une politisation des universités et des conflits parfois tendus entre enseignants, comme en témoigne la partition d'universités selon des clivages politiques. La partition de Lyon (Lyon II et Lyon III) en 1973 est un exemple assez frappant, tout comme la scission de Nanterre avec la création de Malakoff.

Menaces pesant sur la liberté d'enseignement - Néanmoins, comme pour toute liberté, la liberté d'enseignement est toujours potentiellement menacée. Elle peut l'être par le pouvoir politique (ou le pouvoir religieux) qui peut avoir tendance à vouloir imposer doctrinairement le contenu des cours. Ce fut le cas du régime de Vichy. Elle peut l'être tantôt par les étudiants, tantôt par les enseignants.

D'abord, elle peut être menacée par les étudiants lorsque ceux-ci manifestent leur intolérance envers un professeur et l'empêchent de tenir son cours. Deux cas historiques qui méritent d'être soulignés, valent comme. Le premier exemple est l'affaire Jèze. En janvier et février 1936, la presse révèle que Gaston Jèze, célèbre professeur de droit public à la faculté de droit de Paris a assisté, en tant qu'expert à la SDN le Négus, le roi d'Éthiopie, dans une affaire opposant cet État à l'Italie fasciste de Mussolini. Cette intervention scandalise les étudiants de l'extrême droite, de l'Action française notamment, qui entreprennent, tout au long du mois de janvier et de février 1936, d'empêcher la tenue de son cours à la faculté de droit. Les manifestations et chahuts d'étudiants contraindront le doyen de la faculté de droit de Paris à faire appel, à plusieurs reprises, à la police et, en fin de compte, Jèze d'aller faire son cours à l'extérieur des locaux de la faculté de droit. Dans ce cas, les autorités universitaires tentent, en vain, de protéger les enseignants contre « les accès d'intolérance »¹²⁰ des étudiants. Si en 1936, l'extrême droite se signalait par son intolérance à l'égard de certains professeurs, en 1968 et dans les années suivantes, c'est plutôt l'extrême gauche qui entreprit d'interdire à certains professeurs d'université (ainsi Jean Foyer à Nanterre) de délivrer leurs cours. Ici, c'est le déroulement du cours, l'activité la plus importante, pour un universitaire qui est menacé par des étudiants politiquement radicaux et foncièrement intolérants. Or, comme l'a noté à l'époque Maurice Duverger, l'enseignement supérieur « devient impossible si des enseignants sont empêchés d'exercer pour des raisons politiques, que l'empêchement vienne de l'État ou de groupes privés. Si un professeur est obligé de se taire, tous risquent de l'être à leur tour »¹²¹. Le recteur de l'Académie de Paris se posera en gardien de la liberté académique lorsqu'il rappellera à toute la communauté universitaire que « les franchises traditionnelles consistent pour l'université à accueillir toutes les idées, à respecter toutes les personnes, à permettre tous les affrontements de l'esprit grâce à une mutuelle déférence »¹²².

118 - M. Couturier, « Le statut du corps enseignant en France. Son évolution dans le cadre du droit de la fonction publique », thèse droit, Lyon, 1959, p. 174.

119 - « La crise de l'université », Rev. adm. 1968. 287.

120 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 669.

121 - « La liberté », *Le Monde*, 2 déc. 1970 ; cité par B. Toulemonde, p. 671.

122 - *Le Monde* 29-30 nov. 1970.

Ces deux affaires, symétriques politiquement (1936 et 1968), démontrent que la liberté d'enseignement des universitaires suppose une indépendance des enseignants par rapport aux étudiants et que l'institution universitaire, ou le cas échéant la tutelle étatique, doit apporter la garantie de cette liberté en exerçant leur pouvoir de police.

La Liberté d'expression dans et en dehors de l'université - Enfin, la liberté académique serait incomplète si elle ne comportait pas également la liberté d'expression. De nos jours, on a tendance à subsumer la liberté académique sous la liberté d'expression. C'est le cas de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme le montrent plusieurs de ses décisions¹²³, qui invoquent l'article 10 de la Convention pour traiter du problème de la liberté académique. Dans le cas français, on peut soutenir que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme fait certes partie des sources pertinentes mais il nous semble plus judicieux de souligner la portée de l'article 54 de la loi Savary de 1984, désormais codifié à l'article L. 952-2 du Code de l'éducation. Surtout, dans ce domaine, une telle liberté d'expression a connu une sorte de consécration juridique grâce à la décision précitée du 20 janvier 1984¹²⁴ par laquelle le Conseil constitutionnel établit que le statut des enseignants universitaires « ne saurait limiter le droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que dans la seule mesure des exigences du service public en cause » et que « la garantie d'une telle liberté est impliquée par l'intérêt du service »¹²⁵. C'est pour les besoins de l'exercice de sa profession que l'universitaire doit jouir d'une grande liberté d'expression.

En réalité, le droit a toujours conféré aux universitaires une très large liberté d'expression¹²⁶, c'est-à-dire une liberté plus grande que celle des fonctionnaires en général. Ceux-ci restent soumis à une obligation de réserve, limite qui est justifiée par le bon fonctionnement du service¹²⁷ et qui peut être entendue de manière très extensive pour certains fonctionnaires comme les militaires. Or l'enseignant universitaire n'est pas véritablement soumis à un devoir de réserve. En effet, comme on l'a justement fait remarquer, « dans l'enseignement supérieur, la nature des activités non seulement autorise, mais suppose l'expression des opinions »¹²⁸. Les seules restrictions viennent de la nécessité d'éviter, où que ce soit, « les paroles et gestes qui pourraient compromettre l'exercice des fonctions d'enseignement et des activités de recherche du professeur ou du chercheur »¹²⁹. Une telle obligation de réserve n'a donc aucun sens pour les universitaires.

La pratique administrative - Un signe tangible de cette liberté d'expression au sein de l'université réside dans le fait que les publications des universitaires ne sont pas soumises à un contrôle de l'administration. Ici encore, la pratique administrative, qui a engendré des coutumes libérales, mérite d'être rappelée à propos d'un conflit d'interprétation qui a opposé en 1952 le secrétariat à la fonction publique au ministère de l'Éducation nationale. Alors que le premier prétendait, dans une réponse écrite à une question parlementaire, qu'« [...] une tradition constante de déférence exige que le fonctionnaire qui se propose de publier un article, avec la mention de sa qualité de fonctionnaire, fasse part de son intention à son chef de service », le ministère de l'Éducation nationale a

123 - X. Delgrange, « La liberté académique », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 411.

124 - Voir notamment, O. Gohin, « La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires », *Politeia* 2006, n° 10, p. 125, spéc. p. 130 ; v. *infra* n° 42.

125 - Voir. *infra*, en détail, n° 47 s.

126 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 646 s. ; Ch. Fortier, *op.cit.*, p. 376 s.

127 - G. Morange, « *La liberté d'opinion du fonctionnaire public* », D. 1953. chron. 153.

128 - B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 666 (mis en italiques par nous-même).

129 - *Ibid.*, p. 666.

répliqué, dans une autre réponse publiée six mois plus tard : « [...] il n'est pas de tradition dans l'enseignement supérieur de soumettre les articles qu'un professeur se propose de publier au doyen de la faculté ou au directeur de l'établissement où il enseigne »¹³⁰. C'est donc *a fortiori* qu'ils peuvent publier, à titre privé, sur toute question, y compris sur des questions en dehors de leur compétence scientifique. On notera ici avec intérêt que le ministère de l'Éducation nationale prenait à l'époque la défense de ses « fonctionnaires », les professeurs de l'université, contre les tentatives de mise au pas de la fonction publique qui voit chez eux des bureaucrates comme les autres.

Le cas de la liberté d'expression illustre l'idée 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 »¹³¹. C'est une preuve supplémentaire du lien intrinsèque entre la spécificité des libertés universitaires et la nature très dérogoire du statut d'universitaire par rapport au droit commun de la fonction publique. Ce n'est pas le moindre des intérêts de la connaissance de telles libertés car on y voit s'appliquer constamment cette dimension « libérale » incluse dans le métier même d'enseignant du supérieur, cette dimension que s'évertue à nier l'administration française, surtout la haute administration aveuglée par ses préjugés sur l'université et les universitaires. C'est cette leçon que le professeur Georges Scelle énonçait à l'attention du président du Conseil et de son entourage qui lui reprochaient d'avoir dans une conférence à Beaune adopté une position contraire à celle de la diplomatie française. Le professeur de Dijon avait alors rétorqué dans sa correspondance aigre-douce avec les autorités ministérielles qu'une université n'avait pas à énoncer une « vérité gouvernementale » et qu'il était donc libre d'exprimer une opinion contraire à celle du Gouvernement en place¹³².

De façon paradoxale, on peut démontrer l'existence de cette liberté d'expression à partir des limites imposées à la liberté d'expression. Tout universitaire peut être sanctionné dès lors qu'il abuse de sa liberté en méconnaissant les devoirs qui sont liés à l'usage de cette liberté. Comme on l'a écrit ailleurs, un universitaire, bien qu'il jouisse de la liberté d'expression, ne peut pas violer les règles pénales sur l'injure, la diffamation, l'incitation à la haine raciale ou le négationnisme, pas plus qu'il ne peut s'affranchir des règles sur la responsabilité civile¹³³. Il est soumis aux limites du droit commun et ne saurait jouir d'une quelconque immunité pénale ou civile¹³⁴. Mais, indépendamment du droit pénal, il peut être sanctionné de façon disciplinaire car il y a autonomie des deux procédures, pénale et disciplinaire. De ce point de vue, le contentieux relatif à des déclarations de nature négationniste ou antisémite proférées par des universitaires apporte ici un utile éclairage sur les limites d'une telle liberté¹³⁵. On se bornera sur ce point à rappeler la déclaration de Michel Cusin, président de l'université Lyon II, dans ce qu'on peut appeler une déclaration de principe selon laquelle la liberté d'expression n'est pas illimitée, même pour des universitaires :

L'université française est, à nouveau, confrontée à une question grave : celle de la compatibilité entre la liberté d'expression dont elle est le lieu depuis des siècles et le

130 - Textes cités par B. Toulemonde, *op.cit.*, p. 656.

131 - J. Cadart, « Les autorisations d'absence, les missions et les séjours à l'étranger des membres de l'enseignement supérieur », *RDP* 1967. 1112.

132 - Cette querelle est analysée dans *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, p. 87-93.

133 - Voir pour un aperçu significatif, les ex. donnés par, E. Vergès, « Quelles sanctions ? », in I. de Lamberterie, E. Vergès (dir.), *op.cit.*, p. 87, not. p. 88-93 où le double volet pénal et civil est examiné.

134 - O. Beaud, *op.cit.* p. 342.

135 - Nous renvoyons ici à l'analyse des cas Faurisson et Notin, qui se sont passés à l'Université de Lyon III, « Les Libertés universitaires à l'abandon ? » p. 102-111.

*respect dû aux morts, aux vivants et aux survivants. La thèse soutenue l'an dernier devant l'université de Nantes est ressentie comme un affront envers cette double exigence qui fonde l'université dans sa tradition européenne et millénaire. Il me faut donc, devant vous – et je le fais davantage en tant que représentant de cette université sans frontières qu'en qualité de responsable d'une université déterminée – réaffirmer ceci : le lieu où vous êtes aujourd'hui rassemblés est un lieu de liberté pour l'enseignement et la recherche, mais cette liberté est elle-même bafouée lorsque la crédibilité de l'institution qui la fonde est gravement mise en cause par les conditions dans lesquelles s'exerce cette liberté. Si toutes les thèses sont "soutenables", elles ne peuvent l'être que si les conditions d'objectivité sont réunies.*¹³⁶

Plus tard, le président de Lyon II a justement rappelé, à l'occasion de l'affaire *Notin*, que tout universitaire doit respecter « une déontologie académique, laquelle exige en particulier, qu'une chaire universitaire ne soit pas une tribune politique »¹³⁷. Les universitaires qui profèrent des idées négationnistes se plaignent d'avoir été l'objet d'un délit d'opinion. Plutôt que d'adopter la posture facile de victimes, ils devraient méditer ces belles formules de Jean Rivéro décrivant les obligations des universitaires qui sont l'envers de leurs droits :

*L'enseignement est assujéti à une seule obligation (...) : celle de la neutralité. Mais elle prend à ce niveau un sens particulier : le problème n'est plus ici d'éviter tout ce qui pourrait froisser des consciences d'enfant : il est d'apprendre à de jeunes hommes la probité de l'esprit dans la recherche du vrai ; la loi de neutralité exclut tout ce qui serait propagande ; elle impose, par contre, la stricte objectivité, le respect et l'effort de compréhension même à l'égard des thèses que l'on juge erronées ; elle se confond avec l'honnêteté intellectuelle.*¹³⁸

Le cas de la liberté d'expression est peut-être le plus intéressant à méditer pour la compréhension de ce qu'est la liberté académique. Deux leçons fondamentales s'en dégagent. La première, c'est qu'il s'agit d'une liberté qui n'est pas d'une nature différente de celle reconnue à tous les citoyens et aussi à tous les fonctionnaires. Pourtant, lorsqu'elle bénéficie à un enseignant universitaire, elle se révèle d'une plus grande étendue. C'est en raison de son *amplitude* qu'elle est dérogoatoire au droit commun. Elle confirme d'une certaine manière l'idée fondamentale selon laquelle la liberté des universitaires est « une liberté spéciale »¹³⁹ ; il existe donc un lien intrinsèque entre la spécificité de la liberté académique et la nature très dérogoatoire du statut d'universitaire par rapport au droit commun de la fonction publique

En présentant la liberté académique sous la forme d'un triptyque – liberté de la recherche, liberté d'enseignement, liberté d'expression –, on a tenté de dégager sa spécificité. Celle-ci tient non seulement au contenu d'une liberté singulière (la liberté de la recherche), mais aussi à l'étendue des libertés accordées à tout homme et citoyen (enseignement et expression) – étendue dérogoatoire au droit commun des libertés publiques. De ce point de vue, de telles libertés confirment, de façon exemplaire, la belle formule de Louis Liard : « la liberté qui est le privilège de l'esprit et la condition de la science »¹⁴⁰.

136 - Déclaration à l'occasion d'un colloque des anciens de Dachau, 6 juin 1986, cité in Rapport Rouso, p. 108.

137 - M. Cusin, « Révisionnisme et libertés académiques », *Le Monde*, op.cit.

138 - « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », art. préc., p. 132.

139 - G. Amestoy, « Les universités françaises », p. 287.

140 - Phrase citée par C. Blaizot-Hazard, op. cit., p. 15. Sur L. Liard, ce père fondateur de l'université républicaine, un homme qui n'a malheureusement pas eu de successeur sous la Ve République et qui n'a pas réussi à imposer complètement son idée de l'université, v. les belles lignes que lui a consacrées récemment J.-J. Bienvenu, « La fabrication d'une loi sur l'université. La loi du 10 juillet 1896 », RDP. 2009. p. 154 s.

En outre, de l'analyse de ces trois libertés, on peut déduire l'une des thèses principales que nous avons voulu défendre dans *Les libertés universitaires à l'abandon ?* : elle consiste à associer la notion de liberté académique à l'idée selon laquelle les universitaires, en droit français, jouissent d'un statut particulier au sein du droit de la fonction publique. Autrement dit les différentes libertés contenues dans le concept de liberté académique illustrent à leur façon la singularité du statut des universitaires. Celle-ci procède en dernière analyse de la singularité du métier d'universitaire et de la spécificité de cette institution qu'on appelle une université. Ainsi, le fait d'étudier le statut des universitaires du point de vue des libertés aboutit à tordre la représentation habituelle qui fait de l'universitaire un fonctionnaire comme les autres fonctionnaires d'État. Un trait caractéristique du statut d'universitaire est qu'il contient une sorte d'élément relevant de la profession libérale dans un statut juridique de fonctionnaire étatique. Pour concilier ces deux aspects, il a fallu aménager le droit de la fonction publique de sorte qu'on ne compte plus les dérogations du statut d'universitaire au statut de la fonction publique. Il découle de ce qui précède que les libertés universitaires sont dérogoires aux libertés classiques attribuées aux fonctionnaires.

La conséquence de cette réinterprétation n'est pas mineure : on ne doit pas interpréter les droits et libertés d'un universitaire comme on interprète ceux d'un fonctionnaire ordinaire. C'est précisément cette dimension « libérale » incluse dans le métier même d'enseignant du supérieur que s'évertue à nier l'administration française, surtout la haute administration, aveuglée par ses préjugés sur l'université et les universitaires et que, hélas, le Conseil d'État siégeant au contentieux, ne veut plus voir.

LES PRINCIPES QUI FONDENT L'UNIVERSITÉ EN AUSTRALIE ET DANS LE MONDE ANGLO-SAXON

Robert Breunig

Professor of Economics, Australian National University

Vincent Cogliati-Bantz

Senior Lecturer in Law, University of Queensland

Le système anglo-saxon diffère profondément du système français sur plusieurs points :

L'accès aux universités relève d'une fixation préalable de prérequis qui diffèrent pour les étudiants étrangers et les étudiants australiens. Faute d'examen national, chaque élève étant noté par son établissement suivant des modalités propres à l'administration de son État, les prérequis sont déterminés librement par chaque université. Un seuil d'entrée est déterminé pour chaque filière par le marché, la demande des étudiants et les débouchés dans la profession. Des critères non économiques, tels le prestige, peuvent également interférer. Les universités fixent les seuils pour atteindre le nombre d'étudiants souhaité. Les seuils varient fortement d'une université à l'autre, y compris pour la même filière.

Si les droits d'inscription sont élevés, il existe un système de bourses d'études et de prêts sur des critères économiques et sur des critères académiques, en particulier le *HECS-HELP loan* <http://studyassist.gov.au/sites/studyassist/helppayingmyfees/hecs-help/pages/hecs-help-welcome>

La gestion des carrières des universitaires est très différente : le recrutement se fait sur un marché mondial. Il existe des grilles de salaire de référence, mais la règle est celle de la double flexibilité : flexibilité du salaire qui se négocie avec le doyen, flexibilité de la charge de travail entre les fonctions d'enseignement, de recherche et d'administration. Si la pondération standard est de 40/40/20, tout est négociable, y compris des postes sans enseignement.

La gestion des carrières est décentralisée dans chaque université. On compte 5 grades, A, B, C, D et E qui correspondent à *Assistant Professor (A/B)*, *Associate Professor (C/D)* et *Professor (D/E)*. On atteint le niveau E après 15 à 20 ans dans la discipline, à la condition de rester actif en recherche. Les universités sont sensibles au critère de la qualité de la

recherche, car nombre de leurs subventions en dépendent. L'avancement se produit en changeant d'université ou par la voie interne : les critères sont multiples (enseignement dont une évaluation faite auprès des étudiants, administration et recherche suivant des critères de productivité qui diffèrent selon la discipline).

La structure administrative de l'université et sa gouvernance (*leadership*) font une large part à l'autonomie et à l'indépendance des universitaires. On se reportera pour l'ANU à <http://www.anu.edu.au/about/leadership-structure/university-executive>

L'ANU est gouvernée par un Conseil (*Council*) de 15 membres. Le *Vice-Chancellor* rend compte au Conseil, alors que les responsables des *Academic Areas* (qui regroupent écoles et centres de recherche) ainsi que les *University Executive (Deans)* rendent compte au *Vice-Chancellor*. Vous pouvez en savoir plus en suivant ce lien : <http://www.anu.edu.au/about/leadership-structure>

ANNEXES

I. Avis du Conseil d'État n° 391434 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.

CONSEIL D'ETAT

Section de l'intérieur

Séance du mardi 5 juillet 2016

N° 391434

Mme CHADELAT,

M. BART,

rapporteurs

**EXTRAIT DU REGISTRE DES
DELIBERATIONS**

Avis

**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**

Le Conseil d'Etat, saisi par la ministre des outre-mer des questions ci-dessous énoncées, 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 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, notamment ses articles 11 et 15 ;

Vu la Constitution ;

Vu l'accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie;

Vu le code de l'éducation ;

Vu le code électoral ;

Vu le code des juridictions financières ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le code des communes de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi n° 63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963 ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;

Vu le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences ;

Vu le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique ;

Vu les décisions du Conseil constitutionnel, notamment les décisions n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 (loi relative à l'enseignement supérieur), n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (loi relative à la liberté de communication), n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (loi modifiant la loi du 30 septembre relative à la liberté de communication), n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 (loi relative à la transparence et à la sécurité du marché financier), n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 (loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel), n° 99-410 DC du 15 mars 1999 (loi organique relative à la

Nouvelle-Calédonie), n° 99-414 DC du 8 juillet 1999 (loi d'orientation agricole), n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000 (loi relative à l'élection des sénateurs), n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 (loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte), n° 2009-597 DC du 21 janvier 2010 (loi organique tendant à permettre à Saint-Barthélemy d'imposer les revenus de source locale des personnes établies depuis moins de cinq ans), n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010 (Jean C. et autres [loi Université]), n° 2013-678 du 14 novembre 2013 (loi organique portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie), n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014 (Province Sud de Nouvelle-Calédonie) ;

**EST D'AVIS DE REpondre DANS LE SENS DES OBSERVATIONS
QUI SUIVENT :**

Aux termes de l'article 77 de la Constitution : « Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :

- les compétences de l'Etat qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;

- les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ; (...)

Les autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi ».

Aux termes de l'article 21 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie :

« I. - L'Etat est compétent dans les matières suivantes :

1° Nationalité ; garanties des libertés publiques ; droits civiques ; régime électoral ; (...)

6° Desserte maritime et aérienne entre la Nouvelle-Calédonie et les autres points du territoire de la République ; liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité en matière de postes et télécommunications ; réglementation des fréquences radioélectriques ; statut des navires ; immatriculation des aéronefs ; (...)

10° 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 et régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics, sous réserve de l'article 27 ;

11° Contrôle budgétaire des provinces, des communes et de leurs établissements publics ; (...)

II. - L'Etat est également compétent dans les matières suivantes, sous réserve le cas échéant de l'application des dispositions mentionnées aux articles 28 à 38 : (...)

3° Maintien de l'ordre ; (...)

6° Communication audiovisuelle ;

7° Enseignement supérieur et recherche ;

8° Collation et délivrance des titres et diplômes, sous réserve des dispositions du 2° de l'article 22. »

Aux termes de l'article 22 de la même loi : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes (...)

2° Droit du travail et droit syndical ; formation professionnelle, sans préjudice des actions des provinces dans ce domaine, et attribution de diplômes à ce titre ; inspection du travail ; (...)

14° Fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes ; (...)

23° Organisation des services et des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie ; (...)

Aux termes de l'article 27 de la même loi : « 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. »

Aux termes de l'article 99 de la même loi : « Les délibérations par lesquelles le congrès adopte des dispositions portant sur les matières définies à l'alinéa suivant sont dénommées : « lois du pays ». Les lois du pays interviennent dans les matières suivantes correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie ou à compter de la date de leur transfert par application de la présente loi : (...)

12° Compétences transférées et échéancier de ces transferts, dans les conditions prévues à la section 1 du chapitre 1er du titre II ;

13° Création d'autorités administratives indépendantes, en application de l'article 27-1, dans les domaines relevant de sa compétence ».

Aux termes de l'article 202-1 de la même loi : « Après le transfert des compétences prévu au III de l'article 21 et à l'article 27, l'Etat et la Nouvelle-Calédonie peuvent conclure des conventions pour préciser, dans le respect de la répartition des compétences résultant de la présente loi organique, les conditions dans lesquelles ils exercent leurs attributions respectives. »

Il résulte des dispositions précitées que le transfert de compétence prévu par l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 a un caractère facultatif, mais dès lors qu'il y aura été procédé les compétences de l'Etat qui auront été transférées à la Nouvelle-Calédonie le seront de façon définitive conformément à l'accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 et à l'article 77 de la Constitution.

En application des dispositions de ce même article 77 de la Constitution, il appartiendra à la loi organique prévue par l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 de fixer les modalités des transferts de compétences opérés en vertu de cet article.

Dans la mesure où deux des compétences prévues par l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 - la communication audiovisuelle et l'enseignement supérieur - ressortissent, selon le II de l'article 21, à la compétence partagée entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, le transfert de leur compétence impliquera que la loi organique y procédant tire les conséquences de celui-ci sur les dispositions actuelles relatives à ce partage.

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'Etat.

S'agissant des provinces, il résulte de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 DC du 15 mars 1999 que les « assemblées de province ont les caractéristiques d'une institution de la Nouvelle-Calédonie ». Aux termes de l'article 77 de la Constitution, les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie relèvent de la compétence du législateur organique. Il s'ensuit, en ce qui concerne les provinces, que ne peuvent pas être transférées au titre de l'article 27 des compétences faisant l'objet de dispositions dans la loi organique du 19 mars 1999 ou étant organiques par nature ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques.

Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que, si l'article 202-1 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999 permet, après le transfert des compétences, à l'Etat et à la Nouvelle-Calédonie de « conclure des conventions pour préciser, dans le respect de la répartition des compétences résultant de la présente loi organique, les conditions dans lesquelles ils exercent leurs attributions respectives », le recours au mécanisme conventionnel de l'article 202-1 ne pourrait intervenir qu'à titre complémentaire, dans la limite des précisions techniques qui seraient apportées aux choix effectués par la loi organique, sans que la convention puisse avoir pour objet ou pour effet de restreindre l'exercice des compétences que le législateur organique tient de l'article 77 de la Constitution (Conseil constitutionnel n° 2009-597 DC du 21 janvier 2010, n° 2009-598 DC du 21 janvier 2010 et n° 2011-627 DC du 12 avril 2011).

L'exercice des compétences ainsi transférées en application de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 devra s'effectuer dans le respect notamment des droits constitutionnels applicables aux compétences transférées, en particulier du principe de libre administration des collectivités territoriales mentionné à l'article 3 de la loi organique du 19 mars 1999, du principe d'égalité, de la liberté d'entreprendre, de la liberté de communication, du pluralisme des courants d'expression et de l'indépendance des enseignants-chercheurs ainsi que des dispositions que pourrait prévoir la loi organique mettant en œuvre ce transfert de compétences. L'exercice de ces compétences sera en outre soumis à l'ensemble des procédures de contrôle prévues par la loi organique du 19 mars 1999, notamment par les articles 100 à 107 et par son titre VII.

Enfin, en vertu de la permanence de la règle de droit tant que la Nouvelle-Calédonie n'en n'aura pas disposé autrement dans l'exercice de sa compétence nouvelle, les dispositions jusqu'alors en vigueur continueront de s'appliquer dans leur version en vigueur au jour du transfert.

1. Le transfert des règles applicables aux collectivités

1.1 - Au titre des compétences susceptibles d'être transférées en application de l'article 27 de la loi organique figurent les règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics.

Le Conseil constitutionnel a jugé que les assemblées de province sont des institutions de la Nouvelle-Calédonie (décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999).

Compte-tenu des dispositions de l'article 77 de la Constitution qui réserve au législateur organique les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie, le transfert des règles relatives à l'administration a-t-il le même champ d'application pour les provinces et pour les communes ?

Notamment, s'agissant des provinces les règles statutaires applicables aux élus ainsi que celles relatives au fonctionnement de l'assemblée délibérante sont-elles susceptibles d'être transférées ?

Aux termes de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999, peuvent être transférées à la Nouvelle-Calédonie les règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics.

L'article 27 définissant pour ce domaine de compétence l'étendue du transfert en reprenant les termes mêmes retenus par l'article 21-1 de la même loi pour définir la compétence présente de l'État, il s'ensuit que le transfert porte sur l'ensemble des règles relevant actuellement de l'État pour fixer le cadre d'exercice du fonctionnement et des attributions des communes et de leurs établissements publics.

S'agissant des provinces celles-ci étant des institutions de la Nouvelle-Calédonie, ne peuvent être transférées au titre de l'article 27 que les règles relatives à l'administration des provinces ne faisant pas l'objet de dispositions dans la loi organique du 19 mars 1999 ou n'étant pas organiques par nature ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques.

En ce qui concerne plus particulièrement le statut de l'élu des assemblées de province et les règles de fonctionnement des assemblées de province, le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision 2013-618 DC du 14 novembre 2013 relative à la loi organique portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, a considéré que les dispositions prévues en ces domaines par la loi organique sont organiques par elles-mêmes ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques. Il s'ensuit que, s'agissant des provinces, ne pourraient pas faire l'objet du transfert de compétences prévu par l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 les règles relatives au statut de l'élu ou au fonctionnement des assemblées de province qui auraient fait l'objet de dispositions de la loi organique ou qui seraient organiques par nature ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques.

L'administration des communes inclut-elle le régime électoral ?

En ce qui concerne la question de savoir si l'administration des communes inclut le régime électoral, relèvent aux termes de l'article 77 de la Constitution notamment de la loi

organique « les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ».

Par ailleurs, le régime électoral ne figure pas dans les compétences transférables mentionnées à l'article 27 de la loi organique du 15 mars 1999.

Aux termes de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 « I. - L'Etat est compétent dans les matières suivantes : 1° (...) régime électoral ; (...); 10° Règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics... ».

Il résulte des termes de l'article 21-1 de la loi organique que la compétence relative au « régime électoral » est distincte dans la liste des compétences relevant de l'État de celle relative aux « règles d'administration » des communes. La mention du « régime électoral » faite dans cet article 21 de la loi est de portée générale et ne comporte aucune restriction concernant telle ou telle catégorie de collectivités.

Il s'ensuit que l'ensemble des dispositions du régime électoral relèvent de la compétence de l'État et ne sauraient donner lieu à transfert au titre de l'article 27 de la loi organique dans le cadre du transfert des règles relatives à l'administration des communes.

1.2 - L'État reste compétent en matière de garanties des libertés publiques et d'ordre public, les maires conservent-ils leurs attributions en matière de police administrative générale en cas de transfert à la Nouvelle-Calédonie des règles relatives à l'administration des communes ?

Dans l'affirmative, le représentant de l'État conserve-t-il sa compétence pour se substituer aux maires n'ayant pas fait usage de leur pouvoir de police administrative ?

Aux termes de l'article 21-1 la loi organique du 19 mars 1999, l'État est compétent dans les matières suivantes 1° (...) « Garanties des libertés publiques », et aux termes du II de ce même article « 3° Maintien de l'ordre ».

Deux catégories de compétences doivent en conséquence être distinguées au titre de la police municipale : celles qui relèvent du maintien de l'ordre et celles qui ont un autre objet.

L'article L. 131-2 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie consacre cette dualité, ces deux catégories de compétences relevant d'ailleurs d'autorités différentes :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment :

1° Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoiement, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des édifices qui puisse nuire par sa chute ou celle de rien jeter qui puisse endommager les passants ou causer des exhalaisons nuisibles ;

2° Le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et les exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt, ou des circonstances qui ont accompagné sa mort ;

3° L'inspection sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids ou à la mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente ;

4° Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure ;

5° Le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les aliénés dont l'état pourrait compromettre la morale publique, la sécurité des personnes ou la conservation des propriétés ;

6° Le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces.

Toutefois, le haut-commissaire dans la commune de Nouméa et les commissaires délégués dans les communes de leur subdivision sont seuls chargés du maintien de l'ordre public ; ils sont notamment chargés :

- de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits et rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous les actes de nature à compromettre la tranquillité publique ;

- de maintenir le bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics.

Un arrêté du haut-commissaire déterminera dans les communes où a été instituée la police d'Etat en quelles conditions les services de police devront obtempérer aux réquisitions du maire en ce qui concerne les matières de sa compétence. »

Il résulte de ces dispositions qu'en Nouvelle-Calédonie certaines attributions en matière de police municipale relèvent des autorités de l'État qui seules sont chargées du maintien de l'ordre public. Tel est notamment le cas des mesures destinées à « réprimer les atteintes à la tranquillité publique » et à « maintenir le bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes ». La compétence en matière de maintien de l'ordre public appartenant à l'État, ces attributions ne peuvent faire l'objet d'un transfert au titre des règles d'administration des communes prévu par l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999.

En revanche, les autres mesures de police municipale et notamment celles énumérées aux 1° à 6° de l'article L. 131-2 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie relèvent des règles d'administration des communes au sens des articles 21 et 27 de la loi organique. Dans le cadre du transfert prévu par cet article 27, celles-ci feraient partie des attributions transférées à la Nouvelle-Calédonie dès lors que ces règles ne comporteraient aucune disposition relative au maintien de l'ordre public ou ne relèveraient pas de compétences incombant par ailleurs à l'État.

L'exercice des compétences ainsi transférées en application de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 devrait s'effectuer dans le respect notamment des droits constitutionnels applicables aux compétences transférées mentionnés ci-dessus.

Dans la définition de ces règles et avec les mêmes limites, la Nouvelle-Calédonie pourrait, le cas échéant, modifier les règles applicables au pouvoir de substitution incombant présentement à l'État dans le cas où les maires n'auraient pas fait usage de leur pouvoir de police administrative.

Toutefois, les communes de Nouvelle-Calédonie étant des collectivités territoriales de la République aux termes de l'article 3 de la loi organique du 19 mars 1999 (Conseil constitutionnel n°2014-392 QPC du 25 avril 2014), ce transfert de compétences ne priverait pas le haut-commissaire de la République du pouvoir de prendre, si besoin était, en application de l'article 72 de la Constitution, les mesures qu'imposeraient la préservation des intérêts dont l'État est le garant et notamment les intérêts nationaux et les garanties des libertés publiques.

1.3 - Les communes seraient-elles dotées d'une « organisation propre », au sens du dernier alinéa du point 2.2.1. de l'accord de Nouméa, du seul fait du transfert de la compétence normative à la Nouvelle-Calédonie ?

Selon le paragraphe 221 de l'accord de Nouméa « le corps électoral restreint s'appliquerait aux élections communales si les communes avaient une organisation propre à la Nouvelle-Calédonie. »

Seraient en conséquence applicables les dispositions du même paragraphe relatives au corps électoral des assemblées des provinces et du congrès aux termes desquelles : « Comme il avait été prévu dans le texte signé des accords de Matignon, le corps électoral aux assemblées des provinces et au Congrès sera restreint : il sera réservé aux électeurs qui remplissaient les conditions pour voter au scrutin de 1998, à ceux qui, inscrits au tableau annexe, rempliraient une condition de domicile de dix ans à la date de l'élection, ainsi qu'aux électeurs atteignant l'âge de la majorité pour la première fois après 1998 et qui, soit justifieront de dix ans de domicile en 1998, soit auront eu un parent remplissant les conditions pour être électeur au scrutin de la fin de 1998, soit, ayant eu un parent inscrit sur un tableau annexe justifieront d'une durée de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection. La notion de domicile s'entendra au sens de l'article 2 de la loi référendaire. La liste des électeurs admis à participer aux scrutins sera arrêtée avant la fin de l'année précédant le scrutin. »

Pas plus que l'accord de Nouméa, la loi organique du 19 mars 1999 ne définit l'« organisation propre [des communes] à la Nouvelle-Calédonie » qui serait ainsi de nature à rendre applicable le collège électoral restreint aux communes en application de cet accord.

En outre, la définition de cette organisation propre au sens de cet accord n'est nullement liée dans la loi organique du 19 mars 1999 aux transferts de compétences prévues par l'article 27 de cette loi, même si le transfert des règles relatives à l'administration des communes pourrait permettre à la Nouvelle-Calédonie de définir une organisation propre aux communes.

En tout état de cause, une telle « organisation propre » au sens de l'accord de Nouméa, qui implique que soient définies de nouvelles règles d'organisation spécifiques aux communes de Nouvelle-Calédonie dans le respect des dispositions constitutionnelles applicables à ces communes, ne pourrait résulter de la seule entrée en vigueur du transfert de compétences concernant les règles d'administration des communes opéré en application de l'article 27 de la loi du 19 mars 1999, d'autant que, tant que la Nouvelle-Calédonie n'en n'aura pas disposé autrement dans l'exercice de sa compétence nouvelle, les dispositions jusqu'alors en vigueur continueront de s'appliquer.

En l'absence de toute disposition sur la mise en œuvre de cette orientation de l'accord de Nouméa, il incombe à une loi organique, le cas échéant à celle mettant en œuvre le transfert prévu à l'article 27, de définir cette organisation propre au sens de l'accord de Nouméa et de préciser les éléments permettant de considérer qu'elle entraîne la mise en œuvre du collège électoral restreint prévu par l'accord de Nouméa.

Quels seraient les principes à mettre en œuvre par l'Etat permettant de concilier l'organisation propre à la Nouvelle-Calédonie qui implique un corps électoral restreint et l'élection des sénateurs au suffrage universel indirect ?

En ce qui concerne les incidences du collège électoral restreint sur l'élection des sénateurs de Nouvelle-Calédonie, aux termes de l'article 24 de la Constitution : «... Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République. ».

Aux termes de l'article 3 de la Constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques. »

En application de l'article L.O 438-1 du code électoral, la Nouvelle-Calédonie a deux sénateurs élus dans les conditions prévues par l'article L. 441-1 du même code, à savoir un collège électoral composé des députés et des sénateurs, des membres des assemblées de province et des délégués des conseils municipaux ou des suppléants de ses délégués.

Aux termes de l'article 77 de la Constitution relèvent notamment de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie les règles relatives à la citoyenneté et au régime électoral.

S'agissant de la définition de ce collège électoral restreint telle que fixée par les articles 188 et 189 de la loi organique pour les assemblées de province et pour le congrès, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 a considéré qu'« une telle définition du corps électoral restreint est au demeurant seule conforme à la volonté du pouvoir constituant, éclairée par les travaux parlementaires dont est issu l'article 77 de la Constitution, et respecte l'accord de Nouméa, aux termes duquel font partie du corps électoral aux assemblées de province et au congrès, notamment, les électeurs qui, inscrits au tableau annexe, remplissent une condition de domicile de dix ans à la date de l'élection ; ».

Il s'ensuit que, si ce collège électoral restreint constitue ainsi une dérogation aux dispositions des articles 3 et 24 de la Constitution en application de l'article 77 de la Constitution, ce collège électoral restreint met en œuvre une orientation définie par l'accord de Nouméa, orientation ayant valeur constitutionnelle ainsi qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel précitée du 15 mars 1999.

En conséquence, les dispositions des articles 3 et 24 de la Constitution ne sauraient faire obstacle à la mise en œuvre du collège électoral restreint pour les communes dès lors que les conditions prévues pour sa mise en œuvre évoquées ci-dessus seraient réunies.

1.4 - Le transfert du contrôle de légalité emporte-t-il seulement le transfert de l'exercice du contrôle de légalité ou permet-il également à la Nouvelle-Calédonie de modifier les règles applicables à ce contrôle ?

Aux termes de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999, peut être transféré à la Nouvelle-Calédonie le contrôle de légalité des provinces, des communes et de leurs établissements publics.

Est ainsi visé le contrôle de légalité stricto sensu à l'exclusion de toute mesure de contrôle budgétaire, celui-ci ayant été expressément exclu des compétences transférables au titre de l'article 27 lors des travaux parlementaires sur la loi organique du 19 mars 1999.

L'article 27 définissant pour ce domaine de compétence l'étendue du transfert en reprenant les termes mêmes retenus par l'article 21-I de la même loi pour définir la compétence présente de l'État, il s'ensuit que le transfert porte en ce qui concerne les communes et leurs établissements publics à la fois sur la définition des règles applicables au contrôle de légalité relevant actuellement de l'État et sur l'exercice de ce contrôle.

En sont toutefois exclues, d'une part, la mission du tribunal administratif et la procédure devant ce même tribunal pour l'exercice du contrôle de légalité, lesquelles continuent de relever de la compétence de l'État en application de la loi organique, d'autre part, les règles relatives au contrôle d'actes susceptibles de porter atteinte à la défense nationale, laquelle est une compétence de l'État.

S'agissant des provinces celles-ci étant des institutions de la Nouvelle-Calédonie, ne peuvent être transférées en application de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 au titre de la détermination des règles relatives au contrôle de légalité que les mesures ne faisant pas l'objet de dispositions dans la loi organique du 19 mars 1999 notamment dans son titre VII ou n'étant pas organiques par nature ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques.

Il s'ensuit, en ce qui concerne les provinces, qu'au titre de la détermination des règles relatives au contrôle de légalité ne peuvent être transférées en application de l'article 27 que les mesures ne faisant pas l'objet de dispositions dans la loi organique du 19 mars 1999 notamment dans son titre VII.

S'agissant en revanche du seul exercice du contrôle de légalité des actes des provinces, celui-ci pourrait être transféré à la Nouvelle-Calédonie dans les mêmes conditions que pour les communes.

S'agissant de la mission de conseil et des moyens qui lui sont affectés, ceux-ci sont liés à l'exercice du contrôle de légalité. Ils ont donc vocation à être transférés à la Nouvelle-Calédonie en cas d'application de l'article 27. Toutefois, la mission de conseil n'étant pas une compétence définie par la loi rien ne s'oppose en pareil cas à ce que des conseils puissent être - ou continuer d'être - apportés par les services de l'État et/ou par d'autres collectivités publiques ou par des personnes privées.

1.5 - Quels principes s'imposeraient à la Nouvelle-Calédonie, en cas de transfert de l'administration locale, dans la définition de nouvelles règles comptables ?

En particulier, la Nouvelle-Calédonie pourrait-elle modifier, voire supprimer, le principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable et le principe de responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable ?

Aux termes de l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen « La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

Aux termes du second alinéa de l'article 47-2 de la Constitution « Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière. »

La plupart des règles comptables définies à cet effet applicables aux administrations publiques sont présentement fixées par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique. En vertu de l'article 239 de ce décret, celui-ci est applicable à la Nouvelle-Calédonie et en Nouvelle-Calédonie.

Ce décret reprend les différents principes qui sont le fondement de la comptabilité publique : séparation des ordonnateurs et des comptables, et incompatibilité de leurs fonctions ; principe de l'unité de caisse ; contrôle juridictionnel de la Cour des comptes ; attributions et obligations des comptables publics (maniement des fonds, tenue de la comptabilité, contrôle des opérations de recettes et de dépenses, etc...) ; droit pour les comptables publics de suspendre ou de refuser les paiements, et, en contrepartie, droit de réquisition des ordonnateurs.

Toutefois, certaines règles ont été fixées par le législateur.

Ainsi en est-il de la responsabilité des comptables dont le régime est fixé par l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963.

Par ailleurs, s'agissant de la Nouvelle-Calédonie, le code des juridictions financières donne un fondement législatif au principe de séparation des ordonnateurs et des comptables : niveau loi organique pour la Nouvelle-Calédonie et les provinces avec les articles L.O. 264-4 et L.O. 264-5 ; niveau loi ordinaire pour les communes et leurs établissements publics avec les articles L. 264-6 et L. 264-7.

Sur un plan général, ces différents principes pourraient être modifiés par la Nouvelle-Calédonie en cas de mise en œuvre de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 sous réserve que leur modification ou leur suppression ne mette pas en cause la règle constitutionnelle de régularité et de sincérité des comptes et ne prive pas des garanties nécessaires au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics.

En ce qui concerne le principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable, le Conseil d'État, dans un arrêt du 22 février 2008 n° 295 281 syndicat national des services du Trésor - Force ouvrière a jugé que ce principe n'avait pas le caractère d'un principe général du droit qui s'appliquerait même en l'absence de texte.

Il s'ensuit, en ce qui concerne les communes et leurs établissements publics, que la Nouvelle-Calédonie en cas de mise en œuvre de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 pourrait, le cas échéant, déroger au principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable, voire le supprimer.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable découle, d'une part, des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 qui ont fixé les missions respectives de l'ordonnateur et du comptable, d'autre part, de l'article L.O. 264-4 du code des juridictions financières aux termes duquel : « le comptable du territoire ou de la province ne peut subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur. Il ne peut soumettre les mêmes actes qu'au contrôle de légalité qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire. Il est tenu de motiver la suspension du paiement ».

Dans sa décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 sur la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel, après avoir constaté que la loi organique soumise à son examen a été prise sur le fondement de l'article 77 de la Constitution, a jugé que les dispositions en cause et notamment celles sur le régime comptable qui « sont organiques par elles-mêmes ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques, ne sont pas contraires à la Constitution ».

Il résulte de ces dispositions, en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie et les provinces, que la Nouvelle-Calédonie dans l'exercice de l'article 27 ne pourrait pas modifier ou a fortiori écarter le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable ainsi d'ailleurs que toute autre règle comptable prévue par la loi organique en application de l'article 77 de la Constitution.

En ce qui concerne le principe de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable, ce principe est posé par la loi au I de l'article 60 de la loi de finances du 23 février 1963 : « I. - Outre la responsabilité attachée à leur qualité d'agent public, les comptables publics sont personnellement et pécuniairement responsables du recouvrement des recettes, du paiement des dépenses, de la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux différentes personnes morales de droit public dotées d'un comptable public, désignées ci-après par le terme d'organismes publics, du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités, de la conservation des pièces justificatives des opérations et documents de comptabilité ainsi que de la tenue de la comptabilité du poste comptable qu'ils dirigent. Les comptables publics sont personnellement et pécuniairement responsables des contrôles qu'ils sont tenus d'assurer en matière de recettes, de dépenses et de patrimoine dans les conditions prévues par le règlement général sur la comptabilité publique. (...) »

Ainsi que l'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt ministre délégué chargé du budget c/parquet général près la Cour des comptes n° 370 430 du 27 juillet 2015, ce régime légal de responsabilité pécuniaire et personnelle des comptables publics distinct de la responsabilité de droit commun a été institué dans l'intérêt de l'ordre public financier.

Pour autant, s'agissant des communes et de leurs établissements publics, aucune disposition ne s'opposerait à ce que la Nouvelle-Calédonie puisse, le cas échéant, modifier, voire supprimer le dispositif actuel de responsabilité des comptables dès lors que cela n'aboutirait pas à mettre en cause la règle constitutionnelle de régularité et de sincérité des comptes ou à supprimer des garanties nécessaires au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, la suppression de ce régime de responsabilité est en tout état de cause proscrite compte tenu des termes de l'article précité ~~LO 264-4 du code des juridictions financières qui prévoient expressément la responsabilité~~ personnelle et pécuniaire des comptables. La Nouvelle-Calédonie pourrait modifier ce régime en cas de mise en œuvre de l'article 27 de la loi organique sous la double réserve de ne pas dénaturer ce régime de responsabilité et de ne contrevenir à aucune disposition organique relative à la Nouvelle-Calédonie et aux provinces.

Cependant sur un plan général, le régime comptable implique un dispositif d'ensemble cohérent pour garantir la sincérité des comptes et le bon emploi des deniers publics, la responsabilité des comptables n'ayant tout son sens que dans le cadre d'une séparation des ordonnateurs et des comptables et ces principes étant directement liés à l'apurement juridictionnel des comptes.

En conséquence, afin de garder au dispositif sa cohérence, il conviendrait que pour la mise en œuvre du transfert de compétence relatif au régime comptable des communes, et conformément à l'article 77 de la Constitution, soient définies les modalités de ces transferts. Dans ce cadre, sans pour autant interdire la fixation par la Nouvelle-Calédonie de modalités particulières et différentes des règles actuelles, il serait prévu par la loi organique que le régime comptable à définir pour les communes repose sur la séparation des ordonnateurs et des comptables, un régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables et le jugement des comptes.

2. Le transfert de l'enseignement supérieur

2-1- Si la Nouvelle-Calédonie souhaitait lever l'option du transfert de compétences prévu par l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999, à quels principes l'organisation et le fonctionnement de l'enseignement supérieur devraient satisfaire ?

La mise en œuvre du transfert à la Nouvelle-Calédonie de l'enseignement supérieur appellera l'adoption par le congrès d'une loi du pays pour en définir les principes fondamentaux d'organisation et de fonctionnement conformément à l'article 34 de la Constitution.

S'imposeraient, dans cet exercice, les exigences constitutionnelles applicables aux compétences transférées, telles qu'interprétées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il en est ainsi du principe d'égal accès au service public de l'enseignement et aux formations qu'il dispense, du principe de laïcité, du principe de gratuité pour les enseignements supérieurs dispensés dans les établissements de l'enseignement secondaire, de la possibilité de mettre en place un enseignement supérieur privé en fixant les conditions de l'aide financière que la Nouvelle-Calédonie devrait lui apporter.

S'imposeraient également au législateur néocalédonien les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que constituent le principe de la liberté de l'enseignement (décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999), l'indépendance des professeurs d'université (décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984) et celle des enseignants-chercheurs (décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010).

Le principe d'autonomie des universités continuerait-il à s'appliquer ?

Aux termes de l'article L. 711-1 du code de l'éducation rendu applicable en Nouvelle-Calédonie : « Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière. /Ces établissements sont gérés de façon démocratique avec le concours de l'ensemble des personnels, des étudiants et de personnalités extérieures.../ Ils sont autonomes. Exerçant les missions qui leur sont conférées par la loi, ils définissent leur politique de formation, de recherche et de documentation dans le cadre de la réglementation nationale et dans le respect de leurs engagements contractuels ».

Il résulte de ces dispositions que le principe d'autonomie des universités, attaché aux établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche, confère à celles-ci la liberté d'organiser, dans le cadre de la réglementation nationale, leur politique en matière de formation, de programmes et actions pédagogiques et scientifiques, de recrutement, de gouvernance, de gestion administrative et financière et de gestion des ressources humaines.

Le principe d'autonomie des universités ne revêt toutefois pas une valeur constitutionnelle (avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat n° 384257 du 15 juillet 2010 sur le projet de décret du 29 juillet 2010 relatif à la nomination des recteurs d'académie).

Il s'ensuit que la Nouvelle-Calédonie, en levant l'option de l'article 27, aurait, en tout état de cause, la liberté de s'en écarter ou, à l'inverse d'en appliquer le régime, en l'adaptant au nouvel établissement public local, eu égard à l'objectif d'intérêt général auquel « apparaît correspondre le renforcement de l'autonomie des établissements » de l'enseignement supérieur (décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993).

2-2- Quelles conséquences emporterait le transfert des compétences en matière d'enseignement supérieur quant au statut de l'université de Nouvelle-Calédonie ?

Le nouvel établissement, qui ne constituerait plus une université au sens du code de l'éducation, perdrait le statut d'établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel et deviendrait un établissement public local de la Nouvelle-Calédonie, soumis aux principes applicables à cette catégorie d'établissement (autonomie de gestion, spécialité statutaire ; rattachement à une personne publique ; tutelle administrative et financière), sous réserve d'éventuelles adaptations.

En application du 23° de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, qui donne compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière d'organisation des services et des établissements publics du territoire, et du 12° de l'article 99 de cette loi sur les compétences transférées et les échéanciers de ces transferts, une loi du pays devrait fixer les compétences du nouvel établissement ainsi que ses règles d'organisation et de fonctionnement.

Cet établissement ne pourrait toutefois plus accueillir en son sein d'école supérieure du professorat et de l'éducation, telle que régie par les articles L. 721-1 et suivants du code de l'éducation et qui assure la formation des étudiants se destinant aux métiers du professorat et de l'éducation et participe à la formation des personnels enseignants-chercheurs et enseignants de l'enseignement supérieur.

Il résulte en effet de ces dispositions que la constitution de ces écoles n'est possible qu'au sein d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel. Il appartiendrait donc à la Nouvelle-Calédonie d'organiser ses propres écoles de professorat.

Quelles modifications seraient apportées aux missions qu'assure le service public de l'enseignement supérieur à l'égard des étudiants ?

- Aux termes de l'article L. 123-3 du code de l'éducation applicable en Nouvelle-Calédonie : « Les missions du service public de l'enseignement supérieur sont :

/ 1° La formation initiale et continue tout au long de la vie ; / 2° La recherche scientifique et technologique, la diffusion et la valorisation de ses résultats au service de la société (...)/ 3° L'orientation, la promotion sociale et l'insertion professionnelle ; / 4° La diffusion de la culture humaniste, en particulier à travers le développement des sciences humaines et sociales, et de la culture scientifique, technique et industrielle ; / 5° La participation à la construction de l'Espace européen de l'enseignement supérieur et de la recherche ; / 6° La coopération internationale. »

La mise en œuvre de l'article 27 par la Nouvelle-Calédonie serait sans incidence sur ces missions pour ce qui concerne le domaine de l'enseignement.

- Les missions d'aide aux étudiants (attribution de bourses de l'enseignement supérieur) et celles de gestion des œuvres universitaires (aide sociale, conditions de vie et de

travail, logement et restauration, santé et protection sociale, activités sportives et culturelles) sont assurées actuellement, en application du livre VIII, intitulé « La vie universitaire », de la première partie du code de l'éducation consacré à la vie universitaire, par l'université de Nouvelle Calédonie en l'absence d'implantation locale du réseau des œuvres universitaires scolaires. Parmi ces missions, les premières sont gérées par les services du vice-rectorat et les secondes ont été déléguées par l'université à un groupement d'intérêt public dénommée la « Maison de l'étudiant de la Nouvelle-Calédonie ».

La mise en œuvre de l'article 27 entrainerait le transfert de compétence de l'ensemble de ces missions à la Nouvelle-Calédonie qui aurait toute liberté pour en organiser la gestion en recourant, le cas échéant, à un groupement d'intérêt public dans la suite de la pratique actuelle.

Quelles seraient les incidences du transfert quant au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire sur l'université de Nouvelle-Calédonie, qui bénéficie aujourd'hui d'un dispositif de contrôle propre aux établissements publics à caractère scientifique culturel et professionnel, ainsi que sur les activités de recherche en cours menées par l'université ?

- Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire sur l'université de Nouvelle-Calédonie resteraient de la compétence de l'Etat, l'article 27 n'ouvrant pas la possibilité de transférer ces contrôles à la Nouvelle-Calédonie. Ils seraient toutefois soumis, en cas de levée de l'option ouverte à cet article, au droit commun des contrôles des établissements publics locaux.

En conséquence, au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire spécifiques aux universités, qui sont exercés en principe de manière déconcentrée par le recteur d'académie, mais pour l'université de Nouvelle-Calédonie directement par le ministre chargé de l'enseignement supérieur, seront substitués le contrôle de légalité des actes de la Nouvelle-Calédonie et de ses établissements publics, prévu aux articles 204 et 204-1 de la loi organique du 19 mars 1999 et le contrôle comptable et budgétaire prévu aux articles 208 à 208-14 de cette loi .

Le contrôle de légalité serait exercé par le haut-commissaire qui pourrait déférer l'acte en cause devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et le contrôle budgétaire serait exercé, sur saisine du haut-commissaire, par la chambre territoriale des comptes de la Nouvelle-Calédonie.

- Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire sur les activités de recherche suivraient le régime applicable aux établissements, au sein desquels ces activités seraient exercées.

Ainsi, en cas d'exercice au sein d'une université, le contrôle exercé serait celui propre aux universités, ci-dessus rappelé.

En cas d'accueil de ces activités par des organismes de recherche nationaux - dont un certain nombre sont implantés en Nouvelle-Calédonie -, celles-ci seraient soumises au contrôle administratif et financier propre à l'organisme considéré. Cet accueil supposerait une mise à disposition des intéressés auprès de ces organismes en application de l'article 11 du décret du 6 juin 1984 susvisé sur la délégation des enseignants-chercheurs, pour les activités de recherche considérées.

2-3- Comment concilier le transfert à la Nouvelle-Calédonie de l'enseignement supérieur avec le maintien de la compétence de l'Etat pour la collation et la délivrance des diplômes prévue au 8° du II de l'article 21 de la loi organique statutaire et du dispositif en

vigueur d'accréditation des établissements publics nationaux, fixé par arrêté ministériel en application de l'article L. 613-1 ?

Selon la loi organique du 19 mars 1999 (8° du II de l'article 21), l'Etat est compétent pour collationner les grades et délivrer les titres et diplômes (à l'exception des diplômes de formation professionnelle) et cette compétence n'est pas incluse dans les transferts prévus à l'article 27.

Aux termes de l'article L. 613-1 du code de l'éducation applicable en Nouvelle-Calédonie :

« L'Etat a le monopole de la collation des grades et des titres universitaires. /Les diplômes nationaux délivrés par les établissements sont ceux qui confèrent l'un des grades ou titres universitaires dont la liste est établie par décret pris sur avis du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche. Sous réserve des dispositions des articles L. 613-3 et L. 613-4, ils ne peuvent être délivrés qu'au vu des résultats du contrôle des connaissances et des aptitudes appréciés par les établissements accrédités à cet effet par le ministre chargé de l'enseignement supérieur après avis du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche. Un diplôme national confère les mêmes droits à tous ses titulaires, quel que soit l'établissement qui l'a délivré. »

En cas de mise en œuvre de l'article 27, l'établissement public local qui succéderait à l'université de Nouvelle-Calédonie ne pourrait créer et délivrer que des diplômes et certificats qui lui seraient propres. Il s'ensuit que les titulaires de ces diplômes ne pourraient s'en prévaloir au plan national.

Pour remédier à cette situation, pourrait être mis en œuvre le mécanisme d'association prévu à l'article L. 718-16 du code de l'éducation, applicable en Nouvelle-Calédonie, entre tout établissement concourant aux missions du service public de l'enseignement supérieur et un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel. Ce dispositif pourrait permettre, aux conditions prévues par cet article, la délivrance par l'université de rattachement d'un diplôme national aux étudiants ayant suivi la formation d'enseignement supérieur dispensée par l'établissement local de Nouvelle-Calédonie. Parmi les modalités d'association à prévoir entre les deux établissements, devraient figurer celles relatives au contrôle de la qualité de l'enseignement diffusé.

Au-delà de ce dispositif, les conditions dans lesquelles pourrait être accrédité, au sens de l'article L. 613-1 du code de l'éducation, l'établissement public local d'enseignement supérieur qui succéderait à l'université de Nouvelle-Calédonie pourraient faire l'objet d'un examen par le Gouvernement dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 27.

- Ce dispositif doit-il être adapté compte tenu des dispositions de l'article 22, 2° de la loi organique qui prévoit que " La Nouvelle-Calédonie est compétente [en matière de] formation professionnelle (...) et attribution de diplômes à ce titre" ? L'Etat restera-t-il compétent pour délivrer les diplômes nationaux y compris dans cette matière ?

Selon le 2° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour attribuer les diplômes de formation professionnelle, sans qu'une définition ou une énumération de ceux-ci soit donnée.

Il résulte toutefois de l'article L. 335-5 du code de l'éducation, applicable en « Nouvelle-Calédonie », que des diplômes professionnels peuvent être délivrés par les universités.

Par ailleurs, si l'article L. 123-3 du code de l'éducation inclut dans les missions du service public de l'enseignement supérieur « l'orientation, la promotion sociale et l'insertion professionnelle », il ne saurait en être déduit que tout diplôme de l'enseignement supérieur doive s'entendre comme sanctionnant une formation professionnelle sauf à vider de son contenu la compétence de l'Etat dans la délivrance de ces diplômes, prévue par la loi organique du 19 mars 1999 (8° du II de l'article 21).

Enfin, l'accord de Nouméa n'opère pas de corrélation entre la formation professionnelle et l'enseignement supérieur.

Il se déduit de l'ensemble de ces éléments que la compétence conférée à la Nouvelle-Calédonie en matière de délivrance de diplômes de formation professionnelle doit s'entendre comme excluant, parmi ces diplômes, ceux relevant de l'enseignement supérieur.

L'Etat restera donc compétent pour délivrer l'ensemble des diplômes nationaux de l'enseignement supérieur. Cette compétence s'exercera dans les conditions et selon les modalités mentionnées dans la précédente question.

2-4- Quel serait le statut du personnel universitaire enseignant ?

Le transfert de l'enseignement supérieur à la Nouvelle-Calédonie appellerait la création d'un corps de fonctionnaires territoriaux de l'enseignement supérieur appelés à exercer dans l'établissement public local qui succéderait à l'université.

En application du 14° de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, qui donne compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de fonction publique du territoire, et eu égard à la qualité de fonctionnaire territorial du nouveau personnel enseignant, il appartiendrait à la Nouvelle-Calédonie de fixer des règles de recrutement, de formation, d'obligations de service et de carrière propres à ce personnel, dans le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance attachées aux enseignants de l'enseignement supérieur.

Dans la mesure où le personnel actuel de l'université de Nouvelle-Calédonie assure la double mission d'enseignement et de recherche et où la recherche ne fait pas partie des compétences transférables au titre de l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999, cette double mission est-elle de nature à exclure le transfert des actes relatifs au recrutement et à la carrière de ce personnel ?

En particulier les dispositions sur le statut des enseignants-chercheurs du code de l'éducation nationale, le titre V du livre IX traite de la composante "recherche" des missions dévolues au personnel (articles L. 952-3, L. 952-2-1 et L. 952-4 notamment), pourraient elles recevoir application et dans la négative, quelles options s'ouvriraient à la Nouvelle-Calédonie pour assurer la continuité de ses missions en matière d'enseignement supérieur ?

Les enseignants-chercheurs, qui constituent, aux termes de l'article L. 952-1 code de l'éducation, la principale composante du personnel enseignant de l'enseignement supérieur, sont régis par les dispositions du titre V du livre IX de la quatrième partie du code de l'éducation relatives aux personnels de l'enseignement supérieur et par celles du décret du 6 juin 1984 susvisé pris pour leur application.

Conformément à l'économie du dispositif français qui ne dissocie l'enseignement et la recherche ni dans les missions confiées aux universités et exercées par leurs personnels, ni dans leur fonctionnement, ni dans le statut des personnels enseignants, ni dans les structures dédiées, le statut des enseignants-chercheurs se caractérise par une imbrication totale entre les

fonctions d'enseignement supérieur et celles de recherche, qu'il s'agisse des règles de recrutement, des obligations de service comme du déroulement de la carrière.

En conséquence de cette indivisibilité, 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 et continuera à ressortir à la seule compétence de l'Etat.

Les enseignants-chercheurs exerçant actuellement au sein de l'université de Nouvelle-Calédonie relèvent toutefois du régime de mise à disposition prévu par l'article 59 de la loi organique du 19 mars 1999, dont pourra se prévaloir le nouvel établissement public local pour continuer à assurer les missions de l'enseignement supérieur .

La mise à disposition impliquant le maintien, pour les intéressés, du dispositif législatif et réglementaire statutaire qui, leur est applicable, l'ensemble des dispositions du code de l'éducation dédiées aux enseignants-chercheurs et de celles du décret du 6 juin 1984 s'imposera à la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de cette mise à disposition.

En conséquence, il appartiendra à la Nouvelle-Calédonie, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 27, d'arrêter des règles d'organisation et de fonctionnement du nouvel établissement public local d'enseignement supérieur compatibles, pour les enseignants-chercheurs, avec les dispositions statutaires les régissant et, en particulier, eu égard à leur double mission d'enseignement et de recherche, de leur permettre d'exercer leur activité de recherche dans les conditions prévues par leur statut.

Est-il possible de prévoir une disposition législative imposant aux enseignants-chercheurs actuellement en poste, pour qu'ils puissent continuer à exercer leurs missions sur place, soit une intégration soit un détachement sans limitation de durée, du fait de leur double mission ?

Aux termes de l'article 59 de la loi organique du 19 mars 1999, les agents de l'Etat mis à la disposition de la collectivité « 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'Etat ou pour le statut de fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie. / (...) Si le fonctionnaire opte pour le maintien de son statut de fonctionnaire de l'Etat, il peut dans le [même] délai : /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 ; /2° Soit demander à être affecté dans un emploi de l'Etat ; 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 ».

Il résulte de ces dispositions que si les enseignants-chercheurs en poste à l'université de Nouvelle-Calédonie pourraient, en application de ce dispositif, se voir proposer un détachement ou une intégration, pour leurs fonctions d'enseignement, il leur appartiendrait d'apprécier librement d'y faire droit.

Dans la mesure où la levée de l'option ne leur donnerait pas l'assurance de continuer à exercer la totalité de leurs missions au sein de l'établissement public local amené à succéder à l'université et où le détachement ou l'intégration s'opérerait en la seule qualité d'enseignant, aucune disposition législative ne pourrait leur imposer ce choix au regard de l'exigence constitutionnelle de l'indépendance des enseignants-chercheurs.

3- Le transfert de la communication audiovisuelle

3-1 L'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999 permet le transfert des compétences à la Nouvelle-Calédonie de la « communication audiovisuelle ». Que recouvre cette notion ?

La communication audiovisuelle s'entend au sens de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée applicable en Nouvelle-Calédonie, comme : « Toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique [soit les services en ligne à destination du public non interactifs], ainsi que toute communication au public de services de médias audiovisuels à la demande ».

Le régime juridique de la communication audiovisuelle qu'il appartiendra, le cas échéant, à la Nouvelle-Calédonie d'adopter pour la mise en œuvre de l'article 27, devra porter sur l'ensemble de ces services quels qu'en soient les modes de diffusion : réseau hertzien terrestre numérique (ou analogique pour la radio), câble, satellite, fibre optique, ADSL ou encore la téléphonie mobile.

Plus précisément, comment concilier ce transfert avec la compétence de l'Etat en matière de réglementation des fréquences radioélectriques, qui font partie de son domaine public, telle que prévue au 6° du 1 de l'article 21 de la loi organique ?

Il résulte de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 que la réglementation des fréquences radioélectriques ressortit à la seule compétence de l'Etat.

Aux termes de l'article L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques : « Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'Etat » et aux termes de l'article L. 2124-26 du même code : « L'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République, constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat ».

Enfin, il résulte de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 que les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives au domaine public de l'Etat sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie.

Il s'ensuit qu'en cas de mise en œuvre de l'article 27, l'exercice effectif par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence nouvelle en matière de communication audiovisuelle devra prendre en compte d'une part, l'appartenance des fréquences radioélectriques au domaine public de l'Etat sur lequel il ne lui appartient pas de légiférer et d'autre part, la compétence exclusive de l'Etat pour réglementer ces fréquences.

La réglementation des fréquences radioélectriques inclut-elle le pouvoir d'autoriser l'usage de la ressource radioélectrique pour la diffusion de services de communication audiovisuelle ?

La question de savoir si la réglementation des fréquences radioélectriques inclut la détermination de l'autorité compétente pour en autoriser l'usage doit être résolue au regard des considérations suivantes :

- L'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 ne définit pas la notion de « réglementation des fréquences radioélectriques ». En l'absence de toute autre précision utile de cette loi, l'expression doit, s'entendre, comme faisant référence au régime juridique applicable à la matière, qu'il s'agisse des règles de fond ou de procédure.

Régie au double niveau international et étatique, l'attribution des fréquences radioélectriques recouvre deux opérations : l'établissement d'un tableau national de répartition des bandes de fréquences à attribuer aux différentes catégories de services utilisateurs et l'assignation de la fréquence à un opérateur final qui constitue l'autorisation de son usage.

Aux termes de l'article L. 41 du code des postes et des communications électroniques applicable en Nouvelle-Calédonie : « Le Premier ministre définit, après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les fréquences ou bandes de fréquences radioélectriques qui sont attribuées aux administrations de l'Etat et celles dont l'assignation est confiée au conseil ou à l'autorité. »

Aux termes de l'article 26 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée : « A la demande du Gouvernement, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (...) pour les ressources radioélectriques de radiodiffusion, accorde en priorité aux sociétés [nationales de programme] ou à leurs filiales répondant à des obligations de service public, le droit d'usage de la ressource radioélectrique nécessaire à l'accomplissement de leurs missions de service public.

Aux termes de l'article 28 de la même loi : « La délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme, est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel au nom de l'Etat et la personne qui demande l'autorisation. »

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions qu'il appartient au Premier ministre de procéder à l'établissement du tableau national de répartition des bandes de fréquences à attribuer aux administrations de l'Etat et celles dont l'assignation est confiée notamment au Conseil supérieur de l'audiovisuel et à ce dernier d'autoriser, pour le secteur public comme pour le secteur privé, l'usage d'une fréquence à l'opérateur dont la candidature aurait été retenue.

- S'il devait être considéré que la détermination des autorités intervenantes en matière d'attribution des fréquences relève du régime juridique des fréquences radioélectriques, la répartition des rôles ainsi assignés s'imposerait à la Nouvelle-Calédonie dans la mise en œuvre de l'article 27. Il s'en suivrait que le transfert du secteur de la communication audiovisuelle serait amputée d'une part importante de son contenu. Une telle analyse aurait pour conséquence de rendre largement ineffectif le transfert de compétence contrairement aux orientations de l'accord de Nouméa et à rendre mal aisée l'appréciation des candidatures à l'assignation d'une fréquence, l'autorisation technique de diffusion étant liée aux engagements de programmation qui doivent être examinées en considération du contexte local et des éléments fournis par les candidats.

- Dans ces conditions, l'assignation de l'usage des fréquences, qu'il s'agisse de la procédure à suivre comme de la détermination de l'autorité pour y procéder, doit être analysée comme participant du bloc de compétence de la communication audiovisuelle dont elle permet d'assurer la mise en œuvre. Ressortit, en revanche à la seule compétence de l'Etat, l'attribution des fréquences au sens de l'article L. 41 du code des postes et des communications électroniques.

L'exercice des compétences ainsi transférées en matière d'assignation de fréquence devra s'effectuer dans le respect des engagements internationaux et des droits, principes et exigences constitutionnels applicables en ce domaine.

3-2 : A quels principes le droit de la communication audiovisuelle édicté par la Nouvelle-Calédonie devrait-il satisfaire en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de ce secteur ?

Si la Nouvelle-Calédonie, dans l'exercice de la compétence transférée, disposerait de la plus large marge d'appréciation dans l'organisation et le fonctionnement du secteur de la communication audiovisuelle, qu'il s'agisse notamment de la nature et du statut des entreprises, des règles relatives aux programmes et plus généralement, aux obligations de diffusion ou encore des modalités de régulation, s'imposeraient à elles les exigences constitutionnelles et l'interprétation qu'en a faite, dans une jurisprudence abondante, le Conseil constitutionnel.

Figure au premier rang la liberté de communication qui découle de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle implique la liberté de produire, d'émettre et diffuser et de recevoir. Les seules restrictions susceptibles de lui être apportées tiennent, d'une part, aux contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, à la nécessaire conciliation à opérer entre cette liberté et d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle telles que, ainsi que le rappelle l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 susvisée, le respect de la dignité de la personne humaine, de la propriété d'autrui et du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, la sauvegarde de l'ordre public, les exigences de service public ou encore la protection de l'enfance et de l'adolescence.

S'agissant de la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, celle-ci doit être déclinée de manière à la fois externe, à l'égard des auditeurs et téléspectateurs dans le choix qui doit leur être ouvert entre des moyens d'informations différents, et interne, à l'égard des entreprises de communication audiovisuelle qui doivent faire une place à l'expression des différents courants de pensées et d'opinions dans les informations et programmes qu'elles diffusent.

S'imposeront également au législateur néocalédonien, l'exigence d'indépendance des opérateurs, notamment en matière financière, et la nécessité de mettre en œuvre des mécanismes de prévention des concentrations qui y porteraient atteinte.

Comment concilier le transfert des compétences en matière de communication audiovisuelle avec la compétence de l'Etat quant à la garantie des libertés publiques ?

Il résulte du 1^o de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 que l'Etat est compétent en matière de garanties des libertés publiques.

Cette compétence doit être analysée au regard, d'une part, de l'exigence de l'effectivité du transfert découlant des orientations de l'accord de Nouméa et, d'autre part, des blocs de compétences (avis de la section de l'intérieur du 7 juin 2011 n° 385207 relatif au transfert du droit civil et du droit commercial à la Nouvelle-Calédonie) qui implique de ne pas dissocier, en matière de rattachement des compétences, les dispositions qui poursuivent une finalité commune et qui sont conçues comme complémentaires les unes des autres. Il en est ainsi de l'ensemble du dispositif de réglementation mis en place en matière de communication audiovisuelle par la loi du 30 septembre 1986 susvisée.

Il s'ensuit que la compétence de l'Etat en matière de garantie des libertés publiques ne fait pas obstacle au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences en matière de communication audiovisuelle alors même que celle-ci constitue, en soi, une liberté publique et que les règles y afférentes mettent en œuvre un certain nombre d'autres libertés publiques. Il n'en est autrement qu'à l'égard des dispositions qui participent de l'exercice de la souveraineté de l'Etat, telle l'organisation du temps d'antenne pour les élections nationales.

Toutefois, le respect des libertés publiques constitutionnellement garanties s'imposera au législateur néocalédonien, dans la mise en place d'un nouveau régime juridique de la communication audiovisuelle, dans les mêmes termes qu'il s'est imposé dans toutes les lois de la République relatives à ce secteur.

Question 3-3 : La Nouvelle-Calédonie devrait-elle créer une autorité administrative indépendante comparable au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) pour exercer les missions de régulation du secteur de la communication audiovisuelle ?

- Aux termes de l'article 27-1 de la loi organique du 19 mars 1999 : « Lorsque la Nouvelle-Calédonie crée une autorité administrative indépendante aux fins d'exercer des missions de régulation dans un domaine relevant de ses compétences, la loi du pays peut, par dérogation aux articles 126 à 128, 130 et 131, lui attribuer le pouvoir de prendre les décisions, même réglementaires, celui de prononcer les sanctions administratives mentionnées à l'article 86, ainsi que les pouvoirs d'investigation et de règlement des différends, nécessaires à l'accomplissement de ses missions. La composition et les modalités de désignation des membres de l'autorité administrative indépendante doivent être de nature à assurer son indépendance (...). / Les missions de l'autorité administrative indépendante s'exercent sans préjudice des compétences dévolues à l'Etat par les 1° et 2° du I de l'article 21 [garanties des libertés publiques] (...)

Il résulte de ces dispositions qu'il est loisible à la Nouvelle-Calédonie, si elle entend mettre en œuvre l'article 27, de créer une autorité administrative indépendante qui pourrait s'inspirer de l'autorité publique indépendante que constitue le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou s'en écarter, pour exercer les missions attachées à la régulation du secteur de la communication audiovisuelle. Si cette autorité aurait compétence pour prendre, aux termes mêmes de l'article 27 -1, des décisions réglementaires pour l'exercice et dans la limite de ses missions, au lieu et place du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ce pouvoir ne pourrait s'exercer que dans le respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui circonscrit le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes à des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (n° 89-260 DC du 28 juillet 1989).

En application du 13° de l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999, la création de cette autorité ne pourrait résulter que d'une loi du pays adoptée par le congrès.

Pour autant, la création d'une autorité administrative indépendante, quel que soit le secteur de son intervention, ne s'impose pas au gouvernement selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989).

La Nouvelle-Calédonie pourrait-elle assurer directement cette mission de régulation et dans l'affirmative, à quelles conditions et selon quelles modalités ?

La loi du 30 septembre 1986 susvisée ayant été rendue applicable à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil supérieur de l'audiovisuel exerce actuellement ses fonctions sur le territoire et continuera à le faire, en vertu du principe de permanence, tant qu'une loi du pays n'en décidera pas autrement.

La question de savoir si la Nouvelle-Calédonie pourrait décider de mettre fin à l'intervention de cette autorité de régulation doit être appréciée au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle « s'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de l'article 34 de la Constitution, de modifier ou abroger des textes antérieurs en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ou d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, l'exercice de ce pouvoir ne saurait cependant aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » (décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986).

Il résulte de cette jurisprudence que la suppression pure et simple d'une autorité de régulation qui ne serait remplacée par aucune autre ou qui donnerait lieu à l'intervention d'un organe ne présentant pas un niveau de garanties comparable, notamment au plan de l'indépendance décisionnelle et de l'impartialité, et qui n'aurait pas les moyens juridiques et matériels d'assumer ses fonctions, comporterait un risque important d'inconstitutionnalité.

Il s'ensuit que le gouvernement la Nouvelle-Calédonie ne pourrait se borner à écarter la compétence du Conseil supérieur de l'audiovisuel et à faire exercer la mission de régulation du secteur de l'audiovisuel directement par un de ses services administratifs.

Pourrait-elle déléguer ces missions, notamment par voie conventionnelle, au CSA ou à une instance dépendant de celui-ci, tel le comité territorial de l'audiovisuel (CTA) ?

- Aux termes de l'article 203 de la loi organique du 19 mars 1999 : « A la demande du congrès, les autorités administratives indépendantes apportent leur concours à l'exercice par la Nouvelle-Calédonie ou par les provinces de leurs compétences. Les modalités de ce concours sont fixées par des conventions passées entre l'Etat ou ces autorités et la Nouvelle-Calédonie ».

En application de cette disposition, la Nouvelle-Calédonie pourrait, si elle entendait mettre en œuvre l'option ouverte par l'article 27, conclure une convention avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour l'assister dans la mission de régulation qu'elle mettrait en place.

Toutefois l'objet de la convention prévue à l'article 203 se limite à une assistance technique et ne constitue pas un mandat d'agir à la place de l'institution compétente (avis de la section de l'intérieur n° 383316 du 22 décembre 2009 et n° 387924 du 1^{er} octobre 2013). Le rôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel se limiterait donc à éclairer de ses avis et de ses expertises l'autorité compétente de Nouvelle-Calédonie, voire à assurer l'instruction des différentes demandes.

En l'absence de tout autre texte permettant une délégation de compétence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pourrait exercer la mission de régulation du secteur aux lieux et places de la Nouvelle-Calédonie.

3-4- L'exercice effectif par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence nouvelle en matière de communication audiovisuelle, en cas de mise en œuvre de l'article 27, implique-t-elle de prévoir dans la loi organique des règles spécifiques de compensation financière au sens de l'article 55 de la loi statutaire, eu égard à la configuration de ce secteur ?

En application de l'accord de Nouméa actant la participation financière de l'Etat aux transferts des compétences, l'article 77 de la Constitution renvoie à la loi organique le soin de déterminer la répartition des charges résultant des transferts opérés.

Aux termes de l'article 55 de la loi organique du 19 mars 1999 : « L'Etat compense les charges correspondant à l'exercice des compétences nouvelles que la Nouvelle-Calédonie et les provinces tiennent de la présente loi. Tout accroissement net de charges résultant pour la Nouvelle-Calédonie ou pour les provinces des compétences transférées est accompagné du versement concomitant par l'Etat d'une compensation financière permettant l'exercice normal de ces compétences (...) Le transfert des personnels ouvre droit à compensation (...) ». Aux termes de l'article 56 de la même loi : « Les services ou parties de services de l'Etat 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 (...) ». Enfin, aux termes de l'article 57 : « Les biens meubles et immeubles appartenant à l'Etat et affectés à l'exercice de compétences de l'Etat transférées à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces sont transférés en pleine propriété et à titre gratuit respectivement à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces (...) ».

S'il résulte de ces dispositions que les modalités générales de compensation financière des charges nouvelles s'appliquent à tous les transferts, les dispositions spécifiques au transfert des personnels, des services et des biens ne portent que sur ceux relevant de l'Etat.

- Comme indiqué au point 3-3, dans l'exercice de sa compétence nouvelle en matière de communication audiovisuelle, la Nouvelle-Calédonie pourra décider de faire assurer la régulation du secteur par une autorité administrative indépendante locale ou un organe comparable ou encore conclure une convention d'assistance technique avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Quelle que soit l'option choisie, des charges nouvelles en seront induites et il incombera à une loi organique, le cas échéant celle mettant en œuvre l'article 27, de fixer le principe et les modalités de la compensation à laquelle elles donneront lieu. En particulier, dans la mesure où l'article 27-1 de la loi organique du 19 mars 1999 prévoit que toute autorité administrative indépendante doit disposer des crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions et que ces crédits doivent être inscrits au budget de la Nouvelle-Calédonie, l'Etat devra verser à la Nouvelle-Calédonie une dotation financière correspondante.

- S'agissant des modalités de mise en œuvre des missions de service public de la communication audiovisuelle, il appartiendra à la Nouvelle-Calédonie de les déterminer librement sans qu'elle dispose d'un droit à la poursuite de celles exercées actuellement par la « société nationale de programme chargée de la conception et de la programmation d'émissions de télévision et de radiodiffusion sonore destinées à être diffusées outre-mer », soit France Télévisions qui a une antenne locale : Nouvelle-Calédonie Première. Il n'en sera autrement que pour l'application du IV de l'article 219 de la loi organique du 19 mars 1999 qui prévoit la possibilité pour les partis et groupements politiques de Nouvelle-Calédonie habilités à participer à la campagne officielle en vue de la consultation sur l'accession du territoire à la pleine souveraineté, d'utiliser les antennes locales de France Télévisions.

Ainsi, la Nouvelle-Calédonie pourrait choisir de créer sa propre chaîne publique ou encore solliciter de France Télévisions une mise à disposition de ses services. Dans la mesure où France Télévisions est une société de droit privé, cette dernière option supposerait, alors même que l'Etat en est son unique actionnaire, la conclusion d'une convention dont les modalités et, cas échéant, les conditions financières, devraient être fixées entre les parties.

Les charges nouvelles induites par l'une ou l'autre des branches de l'option devront donner lieu à compensation selon des modalités à prévoir par une loi organique.

3-5- Le régime actuel de contreparties non financières de l'usage de la ressource radio électrique (obligations de diffusion et de production) devra-t-il être transposé par la Nouvelle-Calédonie en cas de transfert de compétence en matière de communication audiovisuelle ?

Les contraintes de diffusion et les obligations de production que la loi du 30 septembre 1986 met à la charge des opérateurs de communication en contrepartie de l'usage de la ressource radioélectrique ne trouvent pas leur source dans des dispositions qui s'imposeraient au législateur néocalédonien. Celui-ci restera libre d'assortir ou non cet usage de contreparties dont il lui appartiendra, le cas échéant, de fixer le contenu et les modalités dans des proportions appropriées. Il ne lui sera toutefois pas possible d'arrêter le principe et fixer le montant d'une redevance pour occupation du domaine public hertzien qui ressortit à la compétence de l'Etat (avis de la section de l'intérieur n° 368248 du 10 septembre 2002 sur la compétence de la Polynésie française en matière de téléphonie mobile).

Compte tenu des problèmes d'application que soulève l'article 27 de la loi du 19 mars 1999, notamment en ce qui concerne le transfert des règles d'administration relatives aux provinces, la définition du champ d'application du transfert de la communication audiovisuelle, la difficulté de dissocier l'enseignement supérieur de la recherche, ainsi que la définition d'une « organisation propre » des communes et les conséquences à en tirer, il pourrait s'avérer opportun dans la loi organique mettant en œuvre l'article 27 de préciser les compétences ainsi transférées notamment en ce qui concerne leur périmètre et leurs conditions de mise en œuvre.

Cet avis a été délibéré par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat dans sa séance du mardi 5 juillet 2016.

SIGNÉ : Le président :

Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur,

Les rapporteurs :

Catherine Chadelat, conseiller d'Etat,

Michel Bart, conseiller d'Etat,

La secrétaire de séance :

Sylvie Ramondou, secrétaire de la section de l'intérieur.

POUR EXTRAIT CERTIFIE CONFORME :

La secrétaire de la section



Sylvie Ramondou

II. Note synthétique de la Direction des Études et de la Vie Étudiante de l'Université de la Nouvelle-Calédonie portant sur Diplômes, grades et titres universitaires : tentatives de définitions.

22 décembre 2016



DEVE

**Diplômes, grades et titres universitaires :
Tentatives de définitions...**

79

Diplômes

Un diplôme est une formation qui suit un cadre - national ou de l'établissement (tel un DU). En ce sens, le mot diplôme peut être assimilé au mot "formation" : une réglementation qui lui est propre, des modalités d'accès, de validation et de contrôle des connaissances, un jury, des objectifs à atteindre, des connaissances et compétences à acquérir, etc.

Ex : 3 diplômes nationaux dans le cadre de l'harmonisation européenne : Licence, Master, Doctorat.

Lorsque le diplôme est national ou d'Etat, il suit les dispositions arrêtées par l'Etat, chaque établissement doit impérativement les appliquer et suivre leur applications dans l'organisation des délibérations de jurys.

Ex : le diplôme de licence est délivré par les universités selon les articles de l'arrêté du 1^{er} août 2011 relatif à la licence et l'arrêté du 22 janvier 2014 fixant le cadre national des formations conduisant à la délivrance des diplômes nationaux de licence, de licence professionnelle et de master.

Un diplôme n'est délivré que si le libellé de la mention fait partie de la nomenclature nationale relative aux licences, aux licences professionnelles et aux masters.

Ex : Un diplôme de licence pourrait être irrégulier si la licence était libellée "économie-gestion" et non "économie et gestion" comme mentionné dans l'arrêté du 22 janvier 2014 fixant la nomenclature des mentions du diplôme national de licence.

(Pour le master, arrêté du 4 février 2014 fixant la nomenclature des mentions du diplôme national de master / Pour la licence professionnelle, arrêté du 27 mai 2014 fixant la nomenclature des mentions du diplôme national de licence professionnelle).

Le diplôme est délivré selon des modalités d'élaboration et de délivrance mentionnées dans la circulaire n°2006-202 du 8 décembre 2006. Cette circulaire définit pour l'édition du diplôme :

- Des règles communes : nom du ministère, nom de l'établissement accrédité, visas, dénomination du diplôme, mention, délivrance du diplôme, imprimé spécifique (normalisé, sécurisé) à commander à l'imprimerie nationale, édition et la numérotation codée du diplôme, délivrance du duplicata et de l'annexe descriptive au diplôme (supplément au diplôme)
- Des règles spécifiques pour un diplôme délivré par un établissement sous tutelle du Ministre chargé du supérieur : Conformément à l'article L. 613-1 du code de l'éducation, le ministère chargé de l'enseignement supérieur, dans sa dénomination exacte, figure

obligatoirement en en-tête du diplôme ; le signataire est le président de l'université ou le directeur de l'établissement de l'ES. Dans tous les cas, le Recteur, chancelier des universités, ou Vice-recteur est également signataire.

- Des règles spécifiques pour des diplômes délivrés conjointement par plusieurs établissements relevant du ministre chargé du supérieur : noms des établissements ou de l'établissement où est inscrit administrativement l'étudiant ; visas ; signataires (les 2 chefs d'établissements, pour le Recteur ou Vice-recteur, seul celui qui signe est celui où est inscrit administrativement l'étudiant)
- Des règles spécifiques pour des diplômes délivrés conjointement par un ou plusieurs établissements relevant du ministre chargé du supérieur et d'un autre ministre.
- Des règles spécifiques pour des diplômes délivrés dans le cadre d'un partenariat international.

Attention : Pour permettre aux étudiants de se présenter à certains concours de la fonction publique, les deux diplômes intermédiaires, le diplôme d'études universitaires générales (DEUG) et la maîtrise, sont délivrés aux étudiants qui en font la demande. (Circulaire n°2006-202 du 8 décembre 2006)

Grades

Les 3 grades de l'enseignement supérieur (LMD) correspondent à des niveaux de formation. Chaque niveau est sanctionné par des crédits (ECTS), les universités ou établissements accrédités par le Ministère de l'ES, délivrent des diplômes avec le grade correspondant. Chaque grade permet la poursuite d'études dans le supérieur.

Ex :

Licence : les universités délivrent un diplôme de licence (selon réglementation nationale de 2011 +2014) qui atteste l'obtention du grade de licence (niveau Bac + 3)

Master : les universités délivrent un diplôme de master (selon réglementation nationale de 2002 + 2014) qui atteste l'obtention du grade de master (niveau Bac + 5)

Pour certaines écoles ou instituts, des diplômes reconnus par l'Etat au niveau Bac +3 ou Bac +5 confèrent le grade correspondant.

Ex :

Le diplôme d'infirmier ou le diplôme de comptabilité et de gestion confère le grade de licence.

Titres

Le titre d'ingénieur donne de droit le grade de Master, donc accès aux études doctorales. Les universités peuvent être habilitées à délivrer des titres d'ingénieur (Cf. Polytech) après avis de la Commission des Titres d'Ingénieur chargée d'évaluer, d'inspecter et d'habiliter les établissements.

Sommaire

Avant-propos	9
Mathias Chauchat	
Discours d'ouverture	10
Gaël Lagadec	
Introduction	13
Mathias Chauchat	
L'autonomie des universités	21
André Legrand	
La délivrance des grades et des titres universitaires	28
Federico Berera	
Les libertés universitaires ou la liberté académique	30
Olivier Beaud	
Les principes qui fondent l'université en Australie et dans le monde anglo-saxon	50
Robert Breunig et Vincent Cogliati-Bantz	
Annexes	53

LES PUNC : www.univ-nc.nc/punc/accueil

- **Directeur : Bernard Rigo**
- **Directeur de la collection LARJE : Étienne Cornut**
- **Coordination et suivi éditorial : Françoise Cayrol**



Seules presses universitaires francophones du Pacifique, les Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie (PUNC) ont vocation à contribuer à l'édition d'ouvrages et de revues à caractère scientifique. Elles sont un outil de diffusion et de promotion de travaux de recherche – notamment conduits à l'Université de la Nouvelle-Calédonie – qui présentent un intérêt pour la Nouvelle-Calédonie et au-delà pour l'Océanie. Elles entendent également favoriser en Nouvelle-Calédonie l'accès à des ouvrages de référence à partir d'une politique de traduction et de réédition. Les PUNC ont par ailleurs pour ambition de faire connaître la recherche francophone au sein de la région Pacifique par la mise en place d'une politique de communication bilingue et de coéditions.

La collection LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique est l'une des quatre collections que comptent aujourd'hui les PUNC.

Cette collection entend valoriser des travaux de recherche originaux portant sur la Nouvelle-Calédonie et son environnement régional, notamment à partir des axes de recherche identifiés au sein de l'équipe du LARJE, rattachée à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, ou encore de ceux du Consortium pour la recherche, l'enseignement supérieur et l'innovation en Nouvelle-Calédonie (CRESICA) ou du Pacific Islands Universities Research Network (PIURN).

Elle a pour ambition de favoriser l'édition et la diffusion de travaux prenant notamment en compte un facteur majeur du Pacifique Sud, le multiculturalisme, qui impacte les règles normatives, l'économie autant que la gestion.

Dans le domaine du droit, en relation au multiculturalisme, le pluralisme juridique est un des thèmes majeurs mis en lumière dans cette collection car il suppose de repenser en permanence les modèles de création, d'intégration ou d'articulation des normes, comme il influe sur la place et le rôle respectifs des institutions locales et de l'État dans une région (Pacifique Sud) où coexistent différents modèles de gouvernance.

Les travaux en économie concernent prioritairement la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna, ainsi que leur environnement régional. Les axes majeurs de ces recherches sont les ressources (actuelles et futures), le développement durable, le rééquilibrage économique, social et humain, ainsi que les modèles de développement dans des contextes d'éloignement ou d'émancipation vis-à-vis de la métropole.

Dans le domaine de la gestion, les axes de recherche portent essentiellement sur l'impact du multiculturalisme au niveau du management des ressources humaines, plus généralement sur la recherche d'outils d'intermédiation entre les modèles océaniques et internationaux.



À PARAÎTRE

LE DROIT DE LA SANTÉ EN NOUVELLE-CALÉDONIE : DE LA MÉDECINE TRADITIONNELLE À LA BIOÉTHIQUE

Sous la direction de **Guylène Nicolas**



unc
UNIVERSITÉ
de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE

Mathias Chauchat (sous la direction de)

L'INDÉPENDANCE DES UNIVERSITÉS EN NOUVELLE-CALÉDONIE

La question du transfert au titre de l'article 27

L'article 27 de la loi organique permettrait le transfert de l'enseignement supérieur. C'est un dispositif « à double clé » qui exige une demande du Congrès à la majorité simple et une loi organique de transfert. On ne transférerait ainsi pas à droit constant.

Le transfert de la compétence de l'enseignement supérieur signifierait-il d'abord que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie pourrait devenir compétent pour réglementer à la fois l'enseignement comme les modalités d'organisation du service public, y compris les dispositions institutionnelles concernant l'Université ? L'Université aurait-elle bien vocation à devenir un établissement public de la Nouvelle-Calédonie ? Le transfert concernerait aussi les autres formations postbac. Cette perspective est ouverte, sous le futur contrôle des statuts par la Nouvelle-Calédonie elle-même. Les contraintes liées à l'indépendance des universitaires et à l'autonomie des établissements limiteraient-elles la Nouvelle-Calédonie ? L'État lui-même a-t-il une liberté totale dans l'élaboration de la loi organique qui opérerait le transfert de l'enseignement supérieur ? N'est-il pas tenu de respecter des principes constitutionnels établis et lesquels ? Ces principes seraient-ils ensuite opposables au Congrès de la Nouvelle-Calédonie lorsqu'il prendra le relais de l'État ? Peut-on plaider pour que l'Université devienne un établissement public « autonome » de la Nouvelle-Calédonie, avec un statut particulier qui devra lui reconnaître ses libertés universitaires ?