

Paris, le 8 avril 2019

Décision du Défenseur des droits n° 2019-099

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code des relations entre le public et l'administration ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ;

Vu la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants ;

Vu le jugement du tribunal administratif de Z du 4 février 2019 ;

Vu la décision du Défenseur des droits n° 2019-021 du 18 janvier 2019 ;

Saisi par un syndicat d'étudiants d'une réclamation portant sur le fonctionnement de la plateforme nationale d'admission dans les formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur (Parcoursup), en particulier l'absence de transparence de la procédure d'affectation ;

Le syndicat d'étudiants ayant demandé au président de l'université de Y de lui transmettre les procédés algorithmiques utilisés par les commissions chargées d'examiner les candidatures d'entrée en licence déposées sur Parcoursup ainsi que le ou les codes sources correspondants ;

Cette demande ayant fait l'objet d'une décision implicite de rejet, qui a été annulée par jugement du 4 février 2019 du tribunal administratif de Z ;

L'université de Y ayant formé un pourvoi en cassation à l'encontre du jugement du tribunal administratif de Z ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'État.

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil d'État dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Rappel des faits et de la procédure

1. Un syndicat d'étudiants a demandé à la présidence de l'université de Y de lui communiquer les procédés algorithmiques ayant été utilisés par l'outil d'aide à la décision dans le cadre du traitement des candidatures d'entrée en licence via la plateforme Parcoursup ainsi que les codes sources correspondants.
2. En l'absence de réponse, le syndicat d'étudiants a engagé un recours en annulation à l'encontre de la décision implicite de rejet du président de l'université de Y, née le 18 août 2018, au motif que cette décision contrevient aux articles L311-1 et L300-2 du code des relations entre le public et l'administration.
3. Par jugement du 4 février 2019, le tribunal administratif de Z a décidé d'annuler la décision implicite de rejet du président de l'université de Y, lui enjoignant de communiquer au syndicat d'étudiants les éléments demandés dans un délai d'un mois et fixant une astreinte de 100 euros par jour de retard.
4. Dans son jugement, le tribunal administratif de Z souligne en particulier que la communication à le syndicat d'étudiants des traitements algorithmiques sollicités ne porte pas atteinte au secret des délibérations, protégé par l'article L.612-3 du code de l'éducation, puisque cette communication ne portera que sur la nature des critères pris en compte pour l'examen des candidatures, leur pondération et leur hiérarchisation, et non sur l'appréciation portée par la commission d'examen sur les mérites de chacune des candidatures.
5. Ce contentieux intervient dans le cadre de la première année de mise en œuvre de la plateforme Parcoursup, prévue par la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants.
6. Ce nouveau dispositif a conduit à la saisine du Défenseur de droits de plusieurs réclamations émanant d'élus ainsi que d'un collectif d'associations et de syndicats, dont faisait partie le syndicat d'étudiants, concernant le fonctionnement de la plateforme nationale d'admission dans les formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur (Parcoursup).
7. Ces saisines s'appuyaient sur les compétences découlant de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, qui peut être saisi, notamment, par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme investi d'une mission de service public ainsi que par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France.
8. Elles portaient notamment sur l'absence de transparence de la procédure d'affectation dans les établissements d'enseignement supérieur ainsi que sur le caractère potentiellement discriminatoire de certains critères utilisés pour départager les candidats.

9. Dans sa décision n° 2019-021 du 18 janvier 2019, le Défenseur des droits a recommandé à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation de prendre les mesures nécessaires, d'ordre législatif et d'ordre réglementaire, afin de rendre publiques toutes les informations relatives au traitement, y compris algorithmique, et à l'évaluation des dossiers des candidats par les commissions locales des établissements d'enseignement supérieur en amont du processus de leur affectation dans les formations de premier cycle de l'enseignement supérieur, afin d'assurer la transparence de la procédure et de permettre aux candidats d'effectuer leurs choix en toute connaissance de cause.
10. Dans ce cadre, le Défenseur des droits souhaite présenter ses observations devant le Conseil d'État, ainsi que l'y autorisent les dispositions de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011.

Analyse

11. L'article L.311-1 du code des relations entre le public et l'administration dispose que, *« sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre »*.
12. L'article L.311-5 du même code précise la liste des documents non communicables, en particulier, dont la consultation ou la communication porterait atteinte à un secret protégé par la loi.
13. Aux termes de l'article L.300-2 du même code : *« Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions (...) »*.
14. Aux termes de l'article L. 311-3-1 du même code : *« Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande (...) »*.
15. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique énonce le principe selon lequel les administrations sont tenues de publier en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles.
16. Ce principe est codifié par l'article L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration : *« Sous réserve des secrets protégés en application du 2° de l'article L. 311-5, les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2, à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret, publient en ligne les règles définissant les*

principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles ».

17. L'article L612-3 II du code de l'éducation dispose que « *la communication, en application des dispositions du code des relations entre le public et l'administration, du code source des traitements automatisés utilisés pour le fonctionnement de la plateforme mise en place dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au I s'accompagne de la communication du cahier des charges présenté de manière synthétique et de l'algorithme du traitement* ».
18. Le 21 mai 2018, à la veille de la phase d'admission des candidats débutant le 22 mai 2018, le ministère de l'enseignement supérieur a ainsi rendu public le code informatique du cœur algorithmique de la plateforme Parcoursup. Parallèlement, les attendus nationaux fixés pour chaque filière ainsi que les attendus locaux, propres à chaque formation, ont été rendus accessibles à tout candidat sur la plateforme Parcoursup.
19. En revanche, les modalités de traitement des données transmises par les candidats, mises en œuvre par les équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures dans chacun des établissements, n'ont pas été rendues publiques.
20. Cette absence de publication s'appuie sur les dispositions de l'article L612-3 I du code de l'éducation qui prévoit que « *afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription (...), les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise* ».
21. Introduite par la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants, cette disposition constitue une dérogation au principe de transparence sur les algorithmes utilisés par les administrations pour prendre des décisions individuelles, prévu par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 précitée.
22. Dans son jugement du 4 février 2019, le tribunal administratif de Z a considéré qu'il résulte de la combinaison des dispositions précitées que la communication à un candidat ou la mise en ligne des traitements algorithmiques utilisés dans le cadre de la procédure de préinscription instituée par le deuxième alinéa du I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation fait l'objet d'un régime spécial dérogatoire aux articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public, en application des dispositions du cinquième alinéa du I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation.
23. Le tribunal administratif de Z en conclut que ces dernières dispositions n'ont pas écarté celles de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration lorsqu'elles ne sont pas présentées par la personne ayant fait l'objet d'une décision prise à l'aide d'un traitement algorithmique et qu'elles ne tendent pas à la mise en ligne de ces traitements.

24. Le Défenseur des droits partage cette analyse, dans la mesure où le législateur n'a pas prévu d'étendre le régime dérogatoire défini à l'article L. 612-3 du code de l'éducation aux articles L311-1 et L300-2 du code des relations entre le public et l'administration.
25. Par ailleurs, le tribunal administratif de Z considère que, contrairement à ce que soutient l'université de Y, la communication au syndicat d'étudiants des traitements algorithmiques sollicités ne porte pas atteinte au secret des délibérations, protégé par l'article L. 612-3 du code de l'éducation, puisque cette communication ne portera que sur la nature des critères pris en compte pour l'examen des candidatures, leur pondération et leur hiérarchisation, et non sur l'appréciation portée par la commission sur les mérites de chacune de ces candidatures.
26. Le Défenseur des droits appuie cette analyse, considérant que la protection du secret des délibérations n'implique pas d'interdire la transparence sur les critères et les modalités selon lesquelles les candidatures sont évaluées.
27. Le Défenseur des droits souhaite rappeler que, en l'état actuel, les candidats sont en mesure de formuler leurs vœux en ayant pris connaissance des attendus nationaux et locaux propres à chaque formation qu'ils choisissent.
28. Outre une information sur les attendus, les candidats ont le droit d'obtenir la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures uniquement après l'achèvement de la procédure Parcoursup.
29. En revanche, au moment de la formulation de leurs vœux, les candidats ne disposent pas de l'ensemble des informations relatives aux modalités de traitement de leur candidature, en particulier l'ordre de prise en considération des critères propres à chaque formation, leur pondération, leur hiérarchisation, leur importance, leur poids dans la prise de décision par la commission locale.
30. Ainsi, le choix de ne dévoiler les modalités de pondération des données paramétrables qu'a posteriori et uniquement de manière individuelle, peut nuire à la nécessaire information des candidats sur les conditions précises dans lesquelles leurs dossiers sont évalués.
31. À cet égard, le Défenseur des droits observe que l'essentiel des informations relatives aux critères utilisés par les équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures devrait déjà figurer sur la plateforme Parcoursup, en premier lieu dans la rubrique « caractéristiques », déclinant les attendus nationaux et locaux requis des candidats et, en second lieu, dans la rubrique « examen du dossier », précisant les critères d'appréciation des dossiers par les commissions d'examen des vœux. Cette dernière rubrique a également pour vocation de fournir aux candidats des éléments relatifs aux modalités d'évaluation de leurs candidatures.
32. Il apparaît ainsi que l'architecture même de la plateforme Parcoursup offre la possibilité d'assurer une transparence accrue sur les critères utilisés pour apprécier les candidatures reçues, si les informations sont correctement renseignées.
33. Toutefois, le Défenseur des droits a souligné dans sa décision du 18 janvier 2019 précitée que les informations fournies dans ces rubriques sont formulées de manière plus ou moins précise en fonction des formations considérées, n'apportant que peu d'éléments éclairants concernant les attendus locaux spécifiques et l'examen du dossier. Il a donc recommandé à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation de rappeler aux chefs des

établissements d'enseignement supérieur l'exigence de transparence ainsi que la nécessité de définir de manière suffisamment précise les attendus locaux.

34. Par ailleurs, le secret des délibérations du jury ne doit pas s'opposer à l'information des candidats sur le contenu exact et la manière précise d'évaluation de leurs candidatures. Le Défenseur des droits estime que la publication de ces informations ne porte pas atteinte aux principes de souveraineté du jury et du secret de ses délibérations, étant donné qu'il ne vise pas à dévoiler le contenu de l'appréciation portée sur chaque candidature mais uniquement les critères pris en compte dans cette appréciation ainsi que leur méthode d'application. C'est la raison pour laquelle le Défenseur des droits a recommandé de rendre publiques ces informations.
35. Sur ce point, l'université de Y soutient que le secret des délibérations d'un jury ne se limite pas aux seules appréciations portées par ce dernier sur les mérites de chacune des candidatures. Elle cite à cet effet les exemples des sujets des épreuves orales de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats ainsi que les indications de correction utilisées pour le concours d'administrateur territorial, que le Conseil d'État a retenus comme étant couverts par le secret des délibérations.
36. Toutefois, il pourra être noté que ces décisions, antérieures à la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et au principe de transparence qu'elle pose, concernent la fonction spécifique de la notation par un jury des performances des candidats, qui connaissent par avance le programme de l'examen ou du concours auquel ils se présentent ainsi que les qualités requises pour y réussir.
37. La situation n'est pas comparable dans le cadre du dispositif Parcoursup, les commissions d'examen des vœux étant amenées à se prononcer au vu de multiples éléments, tels que le curriculum vitae, la lettre de motivation, le parcours scolaire, les résultats et les activités extrascolaires des candidats, sans que ces derniers ne sachent avec précision quels sont les éléments privilégiés par les jurys ni quelles sont les caractéristiques des traitements de données mis en place par ces derniers.
38. Le Défenseur des droits observe que des efforts de transparence existent déjà, à l'image de la décision de la Conférence des directeurs et doyens Staps (sciences et techniques des activités physiques et sportives), qui a décidé de publier, le 22 mai 2018, la procédure de classement des candidatures qu'elle a proposée à toutes les formations Staps, en précisant qu'il « *n'était pas question d'afficher des attendus sans proposer de méthode claire d'évaluation pour chacun d'entre eux* ». Cette initiative n'a pas été considérée comme portant atteinte à la protection du secret des délibérations du jury
39. Ainsi, le Défenseur des droits estime que le simple fait de rendre publics les critères d'évaluation des candidatures et leurs modalités d'application n'entre pas en contradiction avec le principe de protection du secret des délibérations du jury.
40. Par ailleurs, le Défenseur des droits considère que cette exigence de transparence, permettant aux candidats de connaître avec précision les critères sur lesquels leur dossier sera examiné, n'entrave pas l'examen individualisé de chacune des candidatures reçues par les commissions d'examen des vœux dans les établissements.

41. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et soumettre à l'appréciation du Conseil d'État.

Jacques TOUBON