

Paris, le 26 juin 2023

Décision du Défenseur des droits n°2023-140

La Défenseure 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 la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant ;

Vu la Charte Sociale Européenne ;

Vu le règlement européen 2016/679 dit Règlement général sur la protection des données (RGPD) ;

Vu le code de l'éducation ;

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

Vu la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Après consultation du collège compétent en matière de promotion et protection des droits de l'enfant ;

Saisie par Monsieur et Madame X des difficultés rencontrées par leur fille Y lors de son affectation en classe de seconde, via AFFELNET, pour l'année scolaire 2021-2022 ;

Conclut à l'existence d'une atteinte, par la direction académique des services de l'éducation nationale de Z, à l'intérêt supérieur de Y, à l'existence d'une rupture d'égalité devant le service public et à des manquements au code des relations entre le public et l'administration (CRPA), ainsi qu'au régime juridique applicable à la protection des données personnelles (RGPD et loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) dans le traitement de la situation de Y ;

Demande au Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse de lui transmettre l'arrêté définissant les modalités de la commission définie à l'article D. 331-38 du code de l'éducation ;

Recommande au Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse de :

- Mettre en place tout mécanisme de nature à vérifier l'exactitude des données traitées par AFFELNET et de rectifier les erreurs portées à sa connaissance conformément au RGPD ;
- S'assurer qu'aucune décision individuelle d'affectation n'est prise de façon entièrement automatisée dans le cadre d'AFFELNET ;
- Clarifier les responsabilités dans le traitement des données personnelles sur AFFELNET, entre les établissements scolaires et les académies ;
- S'assurer du respect des obligations de transparence prévues par le RGPD et le CRPA par les académies ;

Recommande à la direction académique des services de l'éducation nationale de Z de :

- S'assurer, dès lors qu'une erreur dans le processus d'affectation est portée à sa connaissance, de sa prise en compte et de sa régularisation ;
- Répondre en temps utile, et en tout cas avant le second tour, à toute demande de communication et d'information relative aux données traitées dans le cadre d'AFFELNET ;

Demande au Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse et à la direction académique des services de l'éducation nationale de Z de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

La Défenseure des droits transmet cette décision, pour information, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Claire HÉDON

I- FAITS ET PROCEDURE

A. Les faits

1. Y a été scolarisée au collège A, établissement privé sous contrat d'association avec l'État, de la 6^{ème} à la 3^{ème}.
2. Pour son entrée en 2^{nde}, l'élève a formulé au printemps 2021 8 vœux d'affectation dans des lycées publics, dont 3 situés dans son secteur de résidence, via AFFELNET (procédure d'affectation des élèves par le net).
3. Dans le cadre de cette procédure, chaque vœu est examiné en considération, notamment, des éléments suivants : le classement établi par la famille, les évaluations de l'élève (dont l'une des composantes sont ses résultats scolaires) et la capacité d'accueil des établissements. Chacun de ces éléments donnent lieu à l'attribution d'un certain nombre de points, qui permettent d'établir le barème.
4. Par courrier en date du 29 juin 2021, les services académiques ont informé l'élève qu'à l'issue du premier tour de la campagne d'affectation AFFELNET Lycée 2021, tous ses vœux avaient été refusés.
5. Par courriel du 2 juillet 2021, Monsieur X, le père de l'élève, a sollicité auprès des services académiques, la communication du « *barème de points* » de sa fille « *afin de vérifier qu'il n'y ait pas eu d'erreur administrative* », sans succès à ce stade.
6. Les parents de l'élève indiquent que le collège A les a contactés téléphoniquement, le 8 juillet 2021. Il leur a été indiqué que le rectorat avait contacté le collège pour l'informer d'une erreur de saisie dans le report des notes de l'élève dans AFFELNET. Le collège a précisé aux parents avoir proposé aux services académiques de reporter manuellement les notes de l'élève dans le logiciel, ce qui aurait été refusé.
7. Les parents de Y ont donc formulé de nouveaux vœux pour le second tour, dont le lycée B que la famille n'avait pas sollicité lors du premier tour. Le 9 juillet, à l'issue du second tour, l'élève a été affectée au lycée B, établissement qui constituait son dernier vœu et où il restait de la place.
8. Dès le 10 juillet, sur la base des éléments transmis par le collège A, les parents de l'élève ont formé un recours gracieux auprès du rectorat, aux termes duquel ils sollicitaient « *une révision de cette décision afin qu'elle puisse être conforme avec ses vœux exprimés et le parcours scolaire de leur enfant, et que lui soit attribué, a minima, un des 8 lycées apparaissant dans sa feuille de choix.* ».
9. Le 15 juillet, l'académie a communiqué à la famille la fiche barème de l'élève par courriel. Ce barème, sur la base duquel l'élève a été affectée, laisse apparaître la valeur de 0.000 dans la catégorie « évaluations », composée des sous catégories « socle » et « disciplines ».
10. Le 31 août, le rectorat a transmis aux parents de l'élève une réponse de la direction académique de Z, datée du 29 juillet 2021, rejetant la demande de révision d'affectation aux motifs que « *chaque vœu a été examiné au regard du classement établi par la famille, du*

barème de l'élève et de la capacité d'accueil des établissements. [...] Une affectation conforme à ses vœux a été prononcée lors du 2^{ème} tour AFFELNET ».

11. Une médiation a été tentée par le médiateur de l'éducation nationale, sans succès. Les parents de l'élève ont donc déposé un référé suspension auprès du tribunal administratif de Z qui a été rejeté, par ordonnance du 29 septembre 2021, faute d'urgence dans la mesure où Y avait reçu une affectation et était scolarisée.

12. L'élève a finalement été inscrite dans un lycée privé sous contrat d'association avec l'État et le Défenseur des droits a été saisi. Les réclamants contestent le fait que l'affectation de leur fille se soit faite sans tenir compte de ses résultats scolaires, contrairement aux autres candidats.

B. La procédure devant le Défenseur des droits

13. Par mails des 14 et 28 octobre 2021, les services du Défenseur des droits ont sollicité ceux de l'académie afin d'échanger sur la situation de Y et tenter de trouver une issue amiable. Ces mails sont restés sans réponse.

14. Par courrier du 15 novembre 2021, ils ont interrogé la direction académique, afin de recueillir ses observations sur la situation. Une réponse a été faite, par courrier daté du 10 décembre 2021.

15. Par courrier en date du 19 avril 2022, le Défenseur des droits a transmis une note récapitulative aux services académiques indiquant qu'il pourrait conclure à l'existence d'une atteinte au droit à l'éducation et à l'intérêt supérieur de Y, à des manquements à la législation relative aux décisions individuelles automatisées et, enfin, à une perte de chance occasionnée par une rupture d'égalité devant le service public.

16. Le directeur académique a transmis des éléments de réponse par courrier daté du 22 juin 2022 contestant la perte de chance, ainsi que le caractère automatisé de la décision en arguant de l'intervention humaine au cours du processus d'affectation.

17. Parallèlement, le Défenseur des droits avait formulé des observations en droit¹ devant le tribunal administratif de Z dans le cadre de la procédure contentieuse au fond initiée par les parents de l'élève.

18. Par décision du 17 janvier 2023, le tribunal a considéré la requête des parents de Y irrecevable aux motifs que les demandes n'étaient dirigées contre aucun acte administratif et que la demande en indemnisation n'avait pas fait l'objet d'une demande indemnitaire préalable. Le tribunal ne s'est donc pas prononcé sur le fond du dossier.

19. C'est dans ces conditions que la présente décision intervient.

¹ Décision 2022-106 du 13 mai 2021

II- Cadre juridique

A. L'intérêt supérieur de l'enfant

20. L'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) stipule que « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* »

B. Le principe d'égalité devant le service public

21. Le Conseil constitutionnel a dégagé un principe d'égalité de tous devant le service public, résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789².

22. Ce principe, tel qu'interprété par le juge administratif, emporte deux conséquences. D'une part, toutes les personnes placées dans une situation identique doivent être traitées de manière identique. D'autre part, seul un motif d'intérêt général peut permettre de déroger au principe d'égalité³.

C. La législation relative aux décisions prises pour le public par l'administration sur le fondement d'un algorithme et à la protection des données personnelles

- Sur le caractère exact des données personnelles traitées et les droits d'accès et de rectification

23. En premier lieu, l'article 5.1-d) du RGPD dispose que « *Les données à caractère personnel doivent être : (...) exactes et, si nécessaire, tenues à jour ; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (exactitude)* ».

24. Cette obligation est liée, dans le considérant 39 du RGPD, au caractère « licite et loyal » du traitement de données.

25. En outre, l'article 5.2 du RGPD dispose que : « *Le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité)* ».

26. En deuxième lieu, l'article 15 du RGPD dispose que : « *La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès aux dites données à caractère personnel ainsi que les informations suivantes (...)* ».

27. En troisième lieu, l'article 16 du RGPD dispose que : « *La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexactes* ».

28. Par ailleurs, le considérant 38 du RGPD indique que : « *Les enfants méritent une protection spécifique en ce qui concerne leurs données à caractère personnel parce qu'ils*

² Voir par exemple, Décision n°2009-584 DC du 16 juillet 2009

³ CE, 15 mai 2000, Barroux, n°200903

peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel ».

- Sur les décisions prises pour le public par l'administration sur le fondement d'un algorithme

29. Un algorithme se définit comme une suite d'opérations informatiques, de calculs et d'instructions effectués à partir de plusieurs données, dans le but d'obtenir un résultat. Parmi les différents types d'algorithmes existant, ceux-ci peuvent constituer un outil d'aide à la décision, décision prise, *in fine*, par une personne « humaine ». Un dispositif algorithmique peut également fonctionner indépendamment et constituer un dispositif de prise de décision automatisée.

30. L'article 22 du RGPD dispose notamment que :

« 1) La personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire.

2) Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque la décision :

a) est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement ;

b) est autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ; ou

c) est fondée sur le consentement explicite de la personne concernée. [...] »

31. En droit national, la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose, en son article 47, que :

« [...] Aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, y compris le profilage, à l'exception : [...] »

2° Des décisions administratives individuelles prises dans le respect de l'article L. 311-3-1 et du chapitre 1er du titre 1er du livre IV du code des relations entre le public et l'administration, à condition que le traitement ne porte pas sur des données mentionnées au I de l'article 6 de la présente loi. Ces décisions comportent, à peine de nullité, la mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration. Pour ces décisions, le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

Par dérogation au 2° du présent article, aucune décision par laquelle l'administration se prononce sur un recours administratif mentionné au titre 1er du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel. »

32. Il est précisé que le chapitre 1er du titre 1er du livre IV du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) concerne la possibilité, pour l'administré, d'effectuer un recours gracieux, hiérarchique ou contentieux à l'égard d'une décision administrative ayant des effets juridiques sur sa situation.

33. Ainsi, dans les relations entre le public et l'administration et sous réserve des autres dispositions applicables aux traitements de données à caractère personnel relevant du RGPD et de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, les décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative peuvent être prises sur le fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel sous certaines conditions et notamment le fait que :

- ces décisions mentionnent expressément l'existence de ce traitement automatisé ainsi que sa finalité,
- les données personnelles traitées ne constituent pas des données dites sensibles,
- la décision est susceptible d'un recours administratif garantissant une intervention humaine,
- le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

34. Les obligations spécifiques de transparence des algorithmes du secteur public, issues de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, sont précisées par le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) et concernent :

- les administrations de l'Etat, les collectivités, les organismes de droit public ou de droit privé intervenant dans le cadre d'une mission de service public⁴,
- qui utilisent un traitement algorithmique : « *un ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations* » à l'aide duquel elles prennent des décisions administratives individuelles envers des personnes physiques ou morales, de droit public ou privé nommément désignées⁵,
- à l'exception des traitements couverts par l'un des secrets définis par la loi⁶ (délibérations du gouvernement, défense nationale, conduite de la politique extérieure, sûreté de l'Etat, sécurité publique, sécurité des personnes ou des systèmes d'information, recherche et prévention d'infraction, etc.).

35. L'article R. 311-3-1-1 du CRPA précise que la mention prévue à l'article L. 311-3-1 du CRPA « *indique la finalité poursuivie par le traitement algorithmique* » et « *rappelle le droit, garanti par cet article, d'obtenir la communication des règles définissant ce traitement et des principales caractéristiques de sa mise en œuvre, ainsi que les modalités d'exercice de ce droit à communication et de saisine, le cas échéant, de la commission d'accès aux documents administratifs, définies par le présent livre* ».

36. En outre, l'article R.311-3-1-2 du CRPA précise que l'organisme doit fournir une information individuelle à l'utilisateur à sa demande lorsque celui-ci a fait l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique. Cette information comprend : le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision, les données traitées et leurs sources, les paramètres de traitement et leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé et les opérations effectuées par le traitement.

⁴ Art L.300-2 CRPA

⁵ Art L.311-3-1 CRPA

⁶ Art L.311-5 (2°) CRPA

III- Analyse

37. A titre liminaire, il convient de rappeler que la procédure d'affectation des élèves par le net (AFFELNET), permet chaque année à des centaines de milliers d'élèves en classe de troisième d'effectuer leurs vœux d'entrée au lycée, en seconde générale, technologique ou professionnelle et de bénéficier d'une affectation. Si AFFELNET est utilisée au niveau national, chaque académie est libre de fixer ses propres règles notamment s'agissant des éléments pris en compte pour l'affectation et leur coefficient.

38. D'après le guide *Affectation après la classe de 3^{ème} – mode d'emploi rentrée 2021* établi par l'académie de Z, l'affectation dans un lycée de l'académie s'effectue à travers l'utilisation de « *l'application nationale de régularisation des élèves, AFFELNET* ». L'objectif de cette application étant « *d'assurer à chaque élève une place dans un lycée en favorisant la mixité sociale et scolaire dans les établissements* ».

39. Toujours selon ce guide, les critères d'affectation en lycée général et technologique (formations sans modalités particulières d'admission) pris en compte par AFFELNET sont l'ordre des vœux exprimés par les élèves et leur barème. Ce barème prend en compte :

- l'adresse du collège de secteur avec trois niveaux de proximité différents pour les lycées proposés :
 - o niveau 1 : 5 lycées dont le temps de trajet (à pied ou/et en transport en commun) est estimé à moins de 25 minutes du collège de secteur de l'élève (32 640 points),
 - o niveau 2 : lycées situés à moins de 40 minutes du collège de secteur (17 760 points),
 - o niveau 3 : tous les autres lycées (16 800 points).
- les résultats scolaires de l'élève :
 - o Bilan de fin de cycle : 4 800 points maximum,
 - o Bilans périodiques : 4 800 points maximum,
- la situation sociale de l'élève et du collège de scolarisation :
 - o élève boursier : + 600 points,
 - o l'indice de position sociale du collège de scolarisation (« IPS ») : de 0 à 1 200 points.

40. Pour mémoire, il convient de rappeler que les réclamants contestent ici le fait que l'affectation de leur fille se soit faite sans tenir compte de ses résultats scolaires, contrairement aux autres candidats.

41. Il est également précisé que la présente décision concerne des dysfonctionnements ayant trait à une situation individuelle qui peut interroger, plus généralement, sur le processus d'affectation via AFFELNET en classe de seconde générale ou technologique, lorsqu'il s'agit de formations sans modalités particulières d'admission, mais ne peut être transposée à l'ensemble des situations traitées par les académies.

42. Les raisonnements qui suivent doivent être lus à la lumière de ces éléments.

A. Sur les manquements au régime juridique applicable à la protection des données personnelles ainsi qu'au code des relations avec le public et l'administration (CRPA) dans le traitement de la situation de Y

- Le caractère inexact des données personnelles traitées

43. Selon le RGPD et la loi du 6 janvier 1978 modifiée (LIL), les données personnelles traitées doivent être exactes.

44. Or, les données personnelles de l'élève constituant le barème étaient erronées tout au long du processus d'AFFELNET (premier et second tour) puisque ses résultats scolaires n'ont pas été pris en compte.

45. En outre, l'article 5.2 du RGPD prévoit que la responsabilité de l'exactitude des données traitées pèse sur le responsable du traitement concerné. L'article 1^{er} de l'arrêté du 17 juillet 2017 portant création par le ministère de l'Education nationale d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Affelnet Lycée » ne précise pas la répartition de la responsabilité du traitement AFFELNET LYCEE.

46. Or, l'académie et le collège A se rejettent la responsabilité de l'exactitude des données, ce qui rend l'exercice des droits de la personne concernée difficile, et en particulier celui du droit à la rectification des données personnelles prévu à l'article 16 du RGPD.

- Une décision d'affectation automatisée

47. En principe, selon le RGPD et la LIL, une décision ayant des effets juridiques sur la personne ou l'affectant de manière significative ne peut pas être fondée uniquement sur un traitement automatisé de données personnelles. Toutefois, comme évoqué ci-dessus, il existe une exception légale pour les décisions administratives individuelles (2^o de l'article 47 de la LIL susvisé). Dans cette hypothèse, le responsable du traitement doit, notamment, garantir la maîtrise de l'outil algorithmique utilisé.

48. Il n'est pas contesté que la décision d'affectation de Y constitue une décision administrative individuelle ayant des effets juridiques sur la personne ou l'affectant de manière significative. En revanche, le degré d'automatisme de cette décision doit être précisé.

49. L'article 1^{er} de l'arrêté du 17 juillet 2017 susmentionné prévoit que :

« Il est créé au ministère de l'éducation nationale un traitement de données à caractère personnel dénommé "Affelnet lycée" ayant pour finalité de faciliter la gestion de l'affectation des élèves et des apprentis en classes de seconde et première professionnelles, générales et technologiques et en première année de certificat d'aptitude professionnelle par le biais d'un algorithme.

Le traitement a également une finalité statistique. »

50. Le dispositif Affelnet constitue bien un traitement automatisé de données.

51. S'agissant du degré d'automatisation de la décision, l'article D 331-38 du code de l'éducation visé indique que « *la décision d'affectation est signée par le directeur académique des services de l'éducation nationale* ». Il précise que « *Il [le directeur académique des services de l'éducation nationale] est assisté d'une commission dont la composition et le fonctionnement sont définis par arrêté du ministre chargé de l'éducation.* ».

Il est à noter que les services du Défenseur des droits ne sont pas parvenus à trouver ledit arrêté.

52. L'arrêté n°2021-114-RA du 24 juin 2021 pris par l'académie de Z, fixant les conditions d'affectation en lycée à la rentrée 2021, précise que « *Pour la décision d'affectation, la directrice académique des services de l'éducation nationale chargée des lycées et de la liaison avec l'enseignement supérieur est assistée de la commission définie par l'article D 331-38 du code de l'éducation. La commission réalise les travaux préalables à l'affectation des élèves et les propose à la décision de la directrice académique des services de l'éducation nationale chargés des lycées et de la liaison avec l'enseignement supérieur.* »

53. La circulaire n° 21AN0074 relative aux modalités et procédures d'affectation des élèves dans les divers niveaux et séries de lycée 2021-2022 prise par l'académie de Z précise que « *La commission préparatoire à l'affectation se réunira le 28 juin 2021 après-midi. Cette commission, réunissant des chefs d'établissements, des directeurs de CIO et des représentants de parents d'élèves, est présidée par la directrice académique des services de l'éducation nationale, chargée des lycées et de la liaison avec l'Enseignement Supérieur. Les résultats de l'affectation seront accessibles aux établissements le 28 juin 2021 à 18h.* »

54. Dès lors, le traitement automatisé de données ne constituerait qu'une « aide » à la prise de décision, laquelle reposerait *in fine* sur l'avis d'une commission préparatoire à l'affectation.

55. Toutefois, les dysfonctionnements dont a été victime l'élève sont de nature à interroger le degré d'automatisation de la décision.

56. Ainsi, en l'espèce, aucun élément sur l'intervention de la commission susmentionnée, ni sur les avis qu'elle aurait émis pour Y n'a été communiqué aux services du Défenseur des droits par l'académie, alors même que cette absence avait été expressément soulignée dans sa note récapitulative.

57. En outre et surtout, aucune donnée ou aucune donnée exacte n'a été renseignée, s'agissant des évaluations de Y, avant et après la prise de décision. Le fait qu'une décision a été prise sur la base d'un barème qui fait apparaître la valeur de 0.000 dans la catégorie « évaluations », sans que le caractère exceptionnel de cette donnée amène la commission à procéder à des vérifications sur son caractère exact, constitue un élément fort conduisant à présumer que la décision a été prise de manière entièrement automatisée.

58. Si l'académie indique qu'une telle donnée (0.000) peut correspondre à un cas de dispense ou d'absence de l'élève, le caractère exceptionnel d'une telle situation aurait dû, en toute hypothèse, l'amener à vérifier les raisons d'une telle donnée au moment où la décision était à l'étude.

59. L'absence de repérage d'un tel oubli ou d'une telle erreur, ainsi que l'absence de communication de tout élément relatif à la commission évoquée *supra* contribuent ainsi à démontrer que l'intervention humaine dans la décision d'affectation est inopérante et ainsi, le caractère entièrement automatisé du processus décisionnel.

60. Dans sa réponse en date du 22 juin 2022, les services académiques contestent le caractère automatisé de la décision en indiquant qu'un échange a pu avoir lieu entre le chef de la division de la vie de l'élève et les parents de Y sur les difficultés de leur fille le 4 juillet 2021. Néanmoins, cet élément qui fait référence à une date postérieure à la prise de décision au moment du premier tour d'AFFELNET, est sans rapport avec les interrogations

liées à la nature, aux contours et à l'effectivité de l'intervention humaine au moment même où la décision est prise pendant le premier tour.

61. Par ailleurs, aux termes de cet échange, le personnel académique les a invités à prioriser, dans l'ordre des vœux, le lycée le plus proche de leur domicile dans le second tour d'AFFELNET mais ne rectifie à aucun moment l'erreur ou ne prend en compte la situation individuelle.

62. L'académie précise également qu'un accueil du public spécifique est possible, dans leurs locaux, pendant trois semaines à compter des affectations. Or, aucun détail n'est fourni sur l'objectif de cet accueil, qui semble remplir un rôle d'information et de d'orientation et non apporter une garantie d'intervention humaine au moment où la décision est prise.

63. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Défenseure des droits considère qu'aucun des éléments portés à la connaissance de l'institution n'établit l'intervention humaine dans la prise de décision des premier et second tours de la procédure d'affectation. Celle-ci doit donc être regardée comme entrant dans le champ d'application du 2° de l'article 47 de la LIL.

- *Une absence de prise en considération des résultats scolaires de l'élève traduisant un manque de maîtrise du traitement algorithmique*

64. Les données prises en compte par le logiciel AFFELNET, bases de calcul de l'algorithme, sont soit importées du livret scolaire unique numérique (LSUN)⁷ via un processus d'intégration activé par l'établissement, soit saisies manuellement par l'établissement⁸. S'agissant des résultats scolaires de l'élève, qui nous occupent ici, ils sont composés des bilans périodiques (bulletins scolaires) et des bilans de fin de cycle.

65. Dans le cas d'espèce, les données correspondant aux évaluations de l'élève étaient équivalentes à 0, ne lui donnant aucun point à ce titre sur son barème.

66. L'académie a indiqué au Défenseur des droits que « *au tour n°1, aucune donnée n'avait été saisie ou validée par le collège A* ». Elle rappelle qu'il est de la compétence exclusive des établissements de remplir les bilans périodiques et de fin de cycle dans le livret scolaire, l'académie ne pouvant remplir directement ces éléments dans AFFELNET.

67. L'académie précise également que l'établissement a la possibilité de vérifier si des oublis ou des erreurs subsistent : à l'issue du processus d'intégration dans AFFELNET des résultats scolaires de l'élève par l'établissement, un message de succès s'affiche si l'intégration s'est faite correctement, sinon, une « *liste des élèves dont les évaluations n'ont pas été intégrées* » permet d'identifier les élèves en attente.

68. Cela étant, le Défenseur des droits note que cette possibilité porte sur l'action d'intégration en tant que telle, et non sur le contenu. Dans l'hypothèse où l'intégration aurait été faite mais les données mal renseignées, aucun message d'erreur ne semble apparaître. Il appartient alors aux établissements de vérifier les dossiers de chaque élève individuellement

⁷ Ces données sont contenues dans le LSUN de l'élève et sont visées par « *le professeur principal et le chef d'établissement ou son adjoint et par les parents ou le représentant légal de l'enfant* »⁷ aux termes de l'article 6 de l'arrêté du 31 décembre 2015 fixant le contenu du livret scolaire unique

⁸ Annexe 6 de la circulaire académique n°21AN0074 relative aux modalités et procédures d'affectation des élèves

69. De son côté, la cheffe d'établissement du collège A, indique avoir bien procédé à l'intégration des évaluations de l'élève dans AFFELNET et ne pas avoir fait d'erreur ou, à tout le moins, ne pas en avoir été informée.

70. Elle atteste avoir été contactée par les services du rectorat dans la journée du 8 juillet 2021 qui lui auraient indiqué qu'une remontée AFFELNET ne s'était pas correctement faite pour Y. Il lui aurait été précisé qu'aucune note n'apparaissait pour cette élève, ce qui n'était le cas d'aucun autre élève. Cette erreur a, à ce moment-là, été attribuée à un « *bug informatique* ».

71. Elle indique avoir alors proposé de saisir manuellement les notes de l'élève afin de rectifier cette anomalie. Elle précise que les services académiques ont refusé cette proposition.

72. De son côté, la directrice académique, qui atteste sur l'honneur que ni elle, ni aucun des services académiques mobilisés dans le cadre des affectations, n'a contacté le cheffe d'établissement entre le 29 juin et le 10 juillet 2021, précise dans son courrier au Défenseur des droits que « *aucun refus de rectification d'une « anomalie » ne saurait être acceptable s'il était vrai* ».

73. Elle semble ainsi considérer que, dès lors que l'erreur émane de l'établissement scolaire, l'académie ne peut apporter de modification, sans pour autant préciser les modalités qui permettrait une régularisation de la situation et sans expliquer pourquoi en l'espèce une telle anomalie n'a pas été rectifiée.

74. En outre, aucun texte ne prévoit expressément que la modification manuelle des données saisies n'est pas possible postérieurement au transfert des données du livret scolaire unique (LSU) vers AFFELNET. L'académie indique que l'établissement scolaire peut les informer d'un oubli avant la commission préparatoire à l'affectation qui se réunissait le 28 juin 2021. Ce qui exige toutefois que les services soient en capacité de s'être aperçus de l'erreur.

75. S'agissant de l'académie, celle-ci considère que si « *nous effectuons un contrôle a priori* », l'intégration des données dans AFFELNET reste de la responsabilité pleine et entière de l'établissement scolaire. Elle précise également, dans son courrier du 22 juillet dernier, et comme évoqué *supra* que la donnée 0 ne signifie pas nécessairement une erreur mais peut traduire une dispense ou une absence de l'élève.

76. Les éléments transmis au Défenseur des droits sont contradictoires et ne permettent pas d'établir avec certitude d'où provient l'erreur, ni à quel moment l'anomalie a été détectée.

77. Dans tous les cas et indépendamment de la part de responsabilité de l'établissement privé A, l'académie, en tant qu'autorité décisionnaire⁹, aurait dû s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et, notamment, de la bonne prise en considération des notes de l'élève.

78. D'ailleurs, il convient de souligner que Monsieur X a sollicité auprès du rectorat communication du barème de sa fille afin de s'assurer qu'aucune erreur n'avait été commise dès le 2 juillet 2021. Sans le lui transmettre immédiatement, les services du rectorat lui ont répondu par mail le 4 juillet 2021 que « *un examen attentif de la situation de votre fille sera réalisé par mes services* ».

⁹ Article D 331-38 du code de l'éducation

79. Dès ce moment-là, le rectorat aurait dû examiner la situation de Y et s'apercevoir qu'aucune donnée n'avait été prise en compte pour les évaluations de l'élève, faussant alors le résultat de l'algorithme, et aurait dû rectifier une erreur aussi importante.

80. Cette situation questionne plus largement sur les garanties offertes aux élèves quant à une éventuelle erreur de saisie. D'ailleurs, il résulte du mail de la directrice académique adressé aux parents de l'élève le 15 juillet 2021, que plus de 12.000 élèves sont affectés chaque année en seconde générale et technologique via AFFELNET à Z. Ainsi, le manque de garanties et de maîtrise du traitement algorithmique entraîne le risque qu'un certain nombre d'erreurs ne soient ni détectées, ni rectifiées, faussant ainsi l'ensemble des résultats d'affectation dans l'académie.

- Le non-respect de l'exigence de transparence

81. Rappelons qu'aux termes des dispositions du CRPA susvisées, l'utilisateur qui a fait l'objet d'une décision administrative individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique a le droit d'obtenir communication d'un certain nombre d'informations lorsqu'il en fait la demande et notamment : le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision, les données traitées et leurs sources, les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé, les opérations effectuées par le traitement.

82. En outre, la personne dont les données sont traitées peut exercer son droit d'accès, ainsi que cela est prévu à l'article 15 du RGPD.

83. Dans le cas d'espèce, Monsieur X a sollicité, dès le 2 juillet 2021, le barème de sa fille, sur la base duquel AFFELNET a procédé au calcul permettant d'affecter l'élève à un établissement et ayant donné lieu à la décision du 29 juin 2021.

84. Malgré plusieurs relances, ce barème n'a été communiqué à la famille que le 15 juillet 2021, soit postérieurement au recours formulé contre la décision du 29 juin 2021 et postérieurement au second tour d'affectation.

85. S'il intervient dans des délais légaux au regard des dispositions des articles 12 et 15 du RGPD, ce délai de communication de 15 jours n'apparaît pas raisonnable en l'espèce, en ce qu'il intervient à l'issue de la campagne d'affectation. En effet, le barème aurait dû être communiqué dès la demande de la famille afin que celle-ci puisse s'assurer des données saisies et prises en compte dans le traitement algorithmique.

86. En outre, si les décisions concernant Y au moment des premier et second tours d'AFFELNET portent les mentions prévues aux articles L.311-3-1 et R. 311-3-1-1 du CRPA, aucune information n'a été transmise concernant la manière dont les données ont été traitées et la pondération appliquée à l'intéressée le cas échéant. La Défenseure des Droits considère en effet que la demande de communication du barème par Monsieur X effectuée le 8 juillet 2021 doit être comprise comme une demande au sens de l'article R. 311-3-1-2 du CRPA. La complexité et l'opacité du calcul des résultats du barème ne permettent pas de satisfaire cette obligation de transparence¹⁰.

¹⁰ Voir notamment l'annexe 4 de la circulaire académique susvisée qui détaille le calcul des points contenus dans le barème relatif aux évaluations et notamment, s'agissant des bilans périodiques, précise :
« Le positionnement des élèves, exprimé en points par champ disciplinaire, fait l'objet d'une harmonisation tenant compte de la moyenne académique des notes selon la formule suivante :
$$[(\text{points} - \text{moyenne des points du groupe}) / \text{écart type du groupe} + 10] \times 10$$

Un coefficient est attribué à chaque champ disciplinaire, 5 pour Français et Mathématiques, 4 pour les autres. »

87. La Défenseure des droits considère que l'académie n'a pas respecté son devoir de transparence aux termes du CRPA à l'égard de la famille X.

88. Par ailleurs, comme cela a été démontré supra le Défenseur des droits considère que la décision d'affectation de l'élève Y est entièrement automatisée. Or, dans le cas d'une prise de décision automatisée, l'article 15.1-h du RGPD prévoit que la personne concernée doit être informée, dans le cadre de son droit d'accès RGPD, de « *l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22, paragraphes 1 et 4, et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée* ». La réponse apportée à la demande de communication du barème effectuée par Monsieur X par courriel du 2 juillet 2021 ne comporte pourtant pas ces informations.

89. La Défenseure des droits considère ainsi que l'académie n'a pas respecté son devoir de transparence tel que prévu par le RGPD à l'égard de la famille X.

- *Une organisation des voies de recours ne garantissant pas une intervention humaine efficiente*

90. Comme toute décision administrative individuelle affectant la situation d'un individu, Y avait la possibilité d'effectuer un recours gracieux, hiérarchique ou contentieux à l'encontre de sa décision d'affectation.

91. Les parents de l'élève ont formé un recours gracieux auprès de la directrice académique dès le 10 juillet 2021, soit à l'issue du second tour. Ils mentionnaient expressément l'absence de prise en compte des résultats scolaires de leur fille.

92. La directrice académique a rejeté ce recours aux motifs que « *chaque vœu a été examiné au regard du classement établi par la famille, du barème de l'élève et de la capacité d'accueil des établissements. Compte tenu de ces critères, votre enfant n'a pas pu obtenir une affectation conforme à ses vœux lors du 1^{er} tour d'AFFELNET. En revanche, une affectation conforme à vos vœux a été prononcée lors du 2^{ème} tour d'AFFELNET.* »

93. Si l'académie indique, dans son courrier en date du 22 juillet 2022, que l'élève n'aurait pas été admise, même en prenant en compte ses résultats scolaires, dans l'un des établissements sollicités lors du premier tour, cette simulation n'a jamais été faite ni proposée à la famille.

94. Dès lors, la Défenseure des droits considère que cette réponse démontre que l'autorité administrative a refusé de réexaminer sur le fond la situation de l'élève à la lumière des éléments transmis par les parents – en l'occurrence le caractère inexact des données constituant le barème - et maintenu les résultats produits par l'algorithme. Cette situation apparaît d'autant plus problématique que dans le cas d'espèce, les raisons du recours gracieux tenaient à l'inexactitude des données traitées qui relève de la responsabilité du responsable de traitement au sens du RGPD.

95. Si les éléments portés à la connaissance de l'institution ne permettent pas d'affirmer qu'aucune intervention humaine n'a eu lieu, force est de constater que les termes de la réponse apportée au recours gracieux conduisent à s'interroger sur la substance de l'intervention humaine, au regard du dernier alinéa de l'article 47 de la LIL, puisque l'autorité administrative s'est fondée exclusivement sur les résultats du traitement automatisé des données dans le cadre du recours exercé par les parents.

96. S'il est possible de formuler par la suite un recours devant le tribunal administratif, cette procédure est potentiellement longue et le temps que la décision intervienne, l'élève aura déjà entamé une scolarité ailleurs. A noter également que, si une saisine en référé est possible, la position prise par le juge des référés du tribunal administratif dans le cas d'espèce du moins, témoigne de ce qu'elle n'est pas nécessairement opérante pour solutionner la difficulté à laquelle l'élève serait confrontée.

97. Dès lors, il apparaît que la manière dont les recours sont organisés, à tout le moins dans la situation de Y, ne permet pas à l'élève de bénéficier d'une analyse de sa situation individuelle, indépendamment des résultats de l'algorithme.

B. Sur l'atteinte portée aux droits de L'élève, par l'académie de Z, dans le cadre de la campagne AFFELNET 2021

98. Au regard des éléments apportés par l'académie, dans son courrier en date du 22 juin 2022, le Défenseur des droits n'a pas retenu l'existence d'une perte de chance au regard de l'absence d'effet de la prise en compte des points en question sur les choix proposés en l'espèce, et d'une atteinte au droit à l'éducation, au regard de l'affectation finale dans un établissement. Néanmoins, il constate une atteinte à l'intérêt supérieur de l'élève, une rupture d'égalité et des manquements au RGPD et au CRPA.

- Une atteinte à l'intérêt supérieur de L'élève

99. Eu égard à l'ensemble des éléments susvisés, la Défenseure des droits relève qu'il s'agissait, dans l'intérêt de l'élève, de résoudre au plus vite l'anomalie constatée afin qu'elle bénéficie d'une affectation conforme à ses vœux et son barème réel.

100. L'académie, en renvoyant l'entière responsabilité à l'établissement privé et en refusant de prendre en compte les résultats scolaires de l'élève – aussi bien entre les deux tours qu'à l'issue du second tour – a fait preuve de négligence.

101. Si un échange avec les services académiques a eu lieu le 4 juillet 2021, celui-ci se borne à encourager les réclamants à mettre le lycée B en premier vœu du second tour, sans jamais ni reconnaître l'erreur, ni la prendre en compte ou la rectifier, ni proposer une simulation du barème de l'élève, ni proposer une solution alternative prenant en compte la situation individuelle de l'élève.

102. A ce titre, la Défenseure des droits relève qu'au moment du traitement et de la prise de décision, les données de L'élève n'étaient pas exactes, contrairement à ce que prévoit l'article 5.1-d) du RGPD, et ce alors que le considérant 38 du RGPD indique que : « *Les enfants méritent une protection spécifique en ce qui concerne leurs données à caractère personnel parce qu'ils peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel* ».

103. Eu égard aux manquements au RGPD et au CRPA susvisés, les données personnelles de Y n'ont pas fait l'objet d'une protection spécifique.

104. En outre, la transmission du courrier de la directrice académique daté du 27 juillet 2021 avec près d'un mois de retard n'a fait qu'exacerber le climat d'incertitude et de stress pour l'élève qui ne savait pas, jusqu'à la veille de la rentrée, dans quel lycée elle s'apprêtait à faire sa rentrée.

105. S'ajoute à ces éléments, une absence de volonté manifeste, comme en témoignent les tentatives infructueuses de médiation, de saisir la détresse dans laquelle se trouvait l'élève, qui vivait cette affectation comme une véritable injustice du fait de la non-consideration des résultats de son travail de l'année passée.

106. L'ensemble de ces éléments conduisent la Défenseure des droits à considérer que l'académie a porté atteinte à l'intérêt supérieur de l'élève.

- Une rupture d'égalité devant le service public

107. S'il n'existe pas de droit à une scolarité dans un établissement particulier, l'affectation des élèves doit être réalisée dans les mêmes conditions pour tous.

108. Il a été démontré ci-dessus que l'élève avait bien été affectée sans que ses résultats scolaires soient pris en compte, ni par l'algorithme, ni par l'académie de Z. Dès lors, dans la mesure où pour les autres élèves cet élément a été pris en compte pour leur affectation, cette situation constitue, de fait, une rupture d'égalité devant les services publics.

109. Ainsi, la situation de l'élève n'a pas été étudiée de la même manière que les autres élèves.

110. L'académie indique au Défenseur des droits que l'élève n'aurait, en tout état de cause, jamais eu le nombre de points suffisants pour intégrer l'un des établissements demandés. A ce titre, elle produit le barème d'un élève ayant des résultats scolaires similaires à ceux de Y pour démontrer que, même avec la prise en compte de ses résultats scolaires, le barème de Y était insuffisant pour être affecté dans l'un des établissements sollicités.

111. Néanmoins, l'opacité liée au calcul des points du barème attribué à l'élève en considération de ses résultats scolaires (notamment s'agissant de l'harmonisation finale opérée par l'académie en fonction des résultats des autres élèves) et la prise en compte de l'ordre des vœux, ne permettent pas d'affirmer avec certitude que Y n'aurait pas pu être affectée dans l'un des établissements sollicités lors du premier tour.

112. La Défenseure des droits considère que Y a été victime d'une rupture d'égalité devant le service public.

DECISION :

Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits, après consultation du collège compétent en matière de promotion et protection des droits de l'enfant :

Conclut à l'existence d'une atteinte, par la direction académique des services de l'éducation nationale de Z, à l'intérêt supérieur de Y, à l'existence d'une rupture d'égalité devant le service public et à des manquements au code des relations entre le public et l'administration (CRPA), ainsi qu'au régime juridique applicable à la protection des données personnelles (RGPD et loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) dans le traitement de la situation de Y ;

Demande au Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse de lui transmettre l'arrêté définissant les modalités de la commission définie à l'article D. 331-38 du code de l'éducation ;

Recommande au Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse de :

- Mettre en place tout mécanisme de nature à vérifier l'exactitude des données traitées par AFFELNET et de rectifier les erreurs portées à sa connaissance conformément au RGPD ;
- S'assurer qu'aucune décision individuelle d'affectation n'est prise de façon entièrement automatisée dans le cadre d'AFFELNET ;
- Clarifier les responsabilités dans le traitement des données personnelles sur AFFELNET, entre les établissements scolaires et les académies ;
- S'assurer du respect des obligations de transparence prévues par le RGPD et le CRPA par les académies ;

Recommande à la direction académique des services de l'éducation nationale de Z de :

- S'assurer, dès lors qu'une erreur dans le processus d'affectation est portée à sa connaissance, de sa prise en compte et de sa régularisation ;
- Répondre en temps utile, et en tout cas avant le second tour, à toute demande de communication et d'information relative aux données traitées dans le cadre d'AFFELNET ;

Demande au Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse et à la direction académique des services de l'éducation nationale de Z de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

La Défenseure des droits transmet cette décision, pour information, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Claire HÉDON