

La sélection par l'application APB est illégale

L'inscription à l'université par l'application APB fait, depuis son introduction, couler beaucoup d'encre quant à l'efficacité et, surtout, la légalité de la sélection qu'elle impose. En effet, face à l'augmentation du nombre de demandes sans augmentation suffisante des places à l'université, l'éducation nationale a introduit – par la petite porte – une sélection lui permettant de réduire le nombre d'inscrits en première année dans les filières à capacité d'accueil limité. Cette sélection se manifeste par le tirage au sort effectué via l'application, qui a beaucoup attiré l'attention des étudiants mais également par la règle, moins connue, de l'exclusion automatique des étudiants franciliens ne présentant pas six vœux sur des filières non en tension. Aussi, il importe de souligner que ces règles sont illégales.

I. Une pratique administrative en décalage avec les principes énoncés par le code de l'éducation

Bien que le code de l'éducation consacre le libre choix par les étudiants de leur université et de leur filière (A), la pratique administrative, telle qu'elle ressort de l'application APB, prévoit une présélection fondée sur le respect l'obligation de demander des formations, même non-souhaitées (B).

A. Les principes de libre choix issus du code de l'éducation

Le code de l'éducation consacre expressément le libre choix par le futur étudiant de l'établissement et implique, en sus, par sa rédaction, un libre choix de la filière par l'étudiant. Bien entendu, ces principes de libre choix connaissent des limites qu'il convient également de mentionner.

Il doit être rappelé, avant de se pencher plus en détail sur les principes énoncés par le code de l'éducation que le droit à l'éducation (plus précisément à l'instruction et la formation) est consacré par la Constitution (à travers le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) et les conventions internationales (article 13 du Pacte

international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

Aussi, l'enseignement supérieur, comme l'enseignement primaire et secondaire est un service public (article L. 111-5 du code de l'éducation). S'y appliquent donc les principes de liberté et d'égalité d'accès.

Dès lors, l'enseignement supérieur dispose d'une assise et d'un régime qui supposent à la fois le libre choix de la formation souhaitée et de l'établissement d'enseignement. En effet, eu égard aux principes qui régissent le service public en droit français, et notamment le principe d'égalité d'accès, il est nécessaire que tous puissent accéder à l'enseignement supérieur tout en respectant leur liberté de choix.

C'est la raison pour laquelle le code de l'éducation prévoit expressément que la répartition entre les établissements et les formations universitaires exclut toute sélection (article L. 612-3 du code).

La philosophie qui irrigue l'enseignement supérieur universitaire (dans la droite ligne de l'enseignement primaire et secondaire) est que tous peuvent accéder à l'université, à condition bien entendu de disposer des diplômes nécessaires (article L. 612-3 du code de l'éducation).

Au-delà de cette universalité d'ouverture de l'université aux bacheliers, il est également nécessaire de tenir compte des souhaits du futur étudiant puisque, dans un Etat libéral, il n'est pas question d'imposer, autoritairement, à un futur étudiant les études qu'il doit suivre.

C'est pourquoi, le code de l'éducation indique expressément que les candidats à la première année ont le « *libre choix de leur université* » (article D. 612-9 du code).

La liberté de choix de son université est donc un droit consacré par le code. Certes, cette liberté connaît deux limites relatives logiques : l'existence des formations dans l'université demandée et les capacités d'accueil dudit établissement (article L. 612-3 du code). Toutefois, il s'agit bien d'une liberté à laquelle le code ne prévoit pas de restriction à l'exception des réserves qui viennent d'être énoncées.

Cette liberté de choix de l'établissement est accompagnée du libre choix de la filière par le futur étudiant.

En effet, si le libre choix de la filière est moins clairement exprimé par le code de l'éducation, cette liberté ressort de la rédaction des articles du code et de la conception générale du système.

Comme indiqué *supra*, dans un Etat libéral, il n'apparaît pas possible d'imposer à un étudiant, dans le cadre de l'enseignement supérieur, la filière qu'il va étudier. En outre, la liberté de choix de l'établissement n'aurait pas réellement de sens si les étudiants n'étaient pas libres de choisir leur filière – être affecté dans tel ou tel établissement n'aurait aucune incidence si, en tout état de cause, l'étudiant ne choisissait pas sa filière.

Ce libre choix de la filière, relativement évident, n'a donc pas été mentionné par les rédacteurs du code de l'éducation. Aussi, il faut se pencher sur les dispositions du code pour constater que ce libre choix est un prérequis au système universitaire. Ainsi, l'article D. 612-3 du code précise que : « *toute personne désireuse de s'inscrire dans un établissement d'enseignement supérieur en qualité d'étudiant précise la formation qu'elle souhaite acquérir* ».

De même, l'article D. 612-9 du code, qui consacre le libre choix de l'établissement par les étudiants, souligne que ce libre choix s'exerce « *en fonction de la formation qu'ils désirent acquérir* ».

Partant, il ne fait pas de doute que le libre choix de la formation est, si ce n'est consacré, au moins inféré par le code.

Certes, comme la liberté de choix de l'établissement, cette liberté connaît des limites matérielles assez logiques : l'existence des formations dans l'université demandée et les capacités d'accueil dudit établissement. C'est la raison pour laquelle l'établissement peut modifier le choix initial de l'étudiant (article D. 612-3 du code de l'éducation).

Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'à la lecture du code sont consacrés : l'universalité d'accès à la première année universitaire pour les bacheliers, le libre choix de l'université et le libre choix de la filière.

Reste à voir que, dans la pratique, l'administration, à travers l'application APB a posé de nombreuses limites à ces principes et, notamment, à celui de liberté de choix de la filière.

B. Une règle de présélection restreignant, en pratique, le libre choix des filières

L'application APB, désormais bien connue pour les difficultés qu'elle génère, se limite, en principe, à un outil informatique permettant de recueillir les candidatures des étudiants et de faciliter les affectations. En cela, l'application APB n'est que l'héritière du système « Ravel » qui passait par minitel et des inscriptions papier. En effet, à la lecture de l'arrêté du 8 avril 2011 relatif à la procédure de préinscription en première année (NOR : ESRS1109655A) qui institue le portail APB, ce système ne doit en principe rien apporter par rapport aux procédures antérieures.

Toutefois, dans la pratique, l'algorithme d'affectation a été enrichi (sans que l'on sache réellement comment où de qui est venue la décision) pour tenir compte de la pression grandissante pesant sur les universités en matière d'effectifs dans certaines filières.

En effet, au cours des dernières années, le nombre de candidatures à l'université et, particulièrement dans certaines filières, a augmenté de manière importante, bien au-delà de la seule augmentation liée à l'accroissement du nombre de bacheliers.

Face à ce constat, des filières à « capacité d'accueil limité » sont apparues. Ces filières où les capacités d'accueil sont fixées par le président d'université ne peuvent, comme leur nom l'indique, recevoir tous les étudiants plaçant, en premier vœu, ces filières.

Pour tenir compte de cette nouvelle donne, plusieurs modalités de sélection ont été

introduites dans l'algorithme de l'application APB, sans que ces mécanismes de sélection ne disposent de la moindre assise légale ou réglementaire, alors que le code de l'éducation exclut pour les filières non sélectives, dont relèvent toujours les filières à capacité d'accueil limitée, toute sélection.

En pratique, la sélection est effectuée par deux outils :

- D'une part, en Ile-de-France, une règle de présélection (que l'on pourrait d'ailleurs qualifier de règle de recevabilité des candidatures) a été introduite : un futur étudiant souhaitant placer en premier vœu une filière à capacité d'accueil limitée doit ajouter six autres vœux portant sur des filières non référencées comme telles. A défaut, sa candidature n'est pas prise en compte lors du tirage au sort prioritaire (c'est-à-dire lors de la sélection entre les candidats relevant de l'académie). Il n'a donc aucune chance d'obtenir son vœu, le tirage au sort prioritaire permettant de pourvoir toutes les places.

Autrement dit, cette règle impose de solliciter six filières non en tension, faute de quoi, le bachelier n'a aucune chance d'être sélectionné dans la filière de son choix.

Outre que la légalité et la logique de cette règle demeurent à démontrer, il doit être précisé que cette règle n'est pas indiquée aux futurs candidats. L'on ne peut savoir si cette carence dans la délivrance de l'information est liée à un manque de formation des personnels chargés de l'orientation (ceux-ci ignorant la règle) ou si le ministère de l'éducation nationale maintient volontairement l'opacité autour de cette règle de recevabilité des candidatures (du fait de son absence de base légale).

De plus, l'application APB aurait pu être pensée pour empêcher les bacheliers de valider leurs vœux tant que six filières non en tension n'auraient pas été sélectionnées en sus de la filière à capacité d'accueil limitée demandée. Cette solution aurait certes porté atteinte au libre choix des étudiants mais aurait, au moins, évité que les candidats – ignorant la règle – perdent toute chance d'être inscrits à l'université.

Le résultat est donc radical puisque des milliers d'étudiants ne connaissent pas cette règle de recevabilité et ne la respectent pas. Aussi, étant exclus du tirage au sort prioritaire, ils voient leur candidature immanquablement rejetée.

- D'autre part, pour affecter les futurs étudiants, existe également une règle de sélection à proprement parler (qui s'applique, cette fois, sur tout le territoire et pour toutes les filières à capacité d'accueil limitée) : le tirage au sort. En effet, pour départager les candidats trop nombreux en première année, un tirage au sort a été introduit dans l'algorithme d'affectation des bacheliers. Il n'est donc pas tenu compte du domicile de l'étudiant, de sa situation de famille et de ses choix (comme l'exige pourtant le code de l'éducation) mais du hasard. De même, dans la mesure où toute sélection est en principe interdite à l'université, il n'est pas tenu compte des notes ou du dossier de l'étudiant.

C'est donc par cette règle de pur aléa que les futurs étudiants sont répartis ou exclus.

Dès lors, il apparaît que l'affectation des bacheliers à l'université se fait c'est au vu de ces deux règles de présélection (recevabilité) et de sélection.

Il convient donc d'étudier la légalité tant interne qu'externe de ces règles.

II. Une présélection en Ile-de-France illégale

A l'étude de la règle de présélection, l'on s'aperçoit aisément que cette règle est illégale dans la mesure où elle ne dispose d'aucune base légale, ce qu'a condamné le juge administratif (A). Toutefois, cette critique n'est pas la seule qui puisse être avancée dans la mesure où des critiques de fond peuvent également être dirigées contre cette règle (B).

A. Une absence de base légale sanctionnée par le juge

Comme indiqué ci-dessus, la règle de présélection – ou règle de recevabilité des candidatures – en vertu de laquelle les étudiants qui sollicitent une filière en tension doivent également demander six formations non en tension n'est prévue par aucun texte.

En effet, ni les articles L. 612-1 et suivants du code de l'éducation, ni les articles D. 612-1 et suivants du même code, ni l'arrêté du 8 avril 2011 « relatif à la procédure de préinscription en première année d'une formation postbaccalauréat » ne prévoient cette règle.

De la sorte, aucun texte ne mentionne et ne fonde cette règle.

D'ailleurs, son existence même n'est attestée que par un seul document émanant de l'administration, à savoir le rapport n° 2016-004 de janvier 2016 de l'inspection générale de l'administration. C'est ce rapport, sollicité

pour faire un point sur l'inscription en première année à l'université, qui fait état de cette règle et la révèle.

En effet, sans ce rapport, il aurait été difficile d'en connaître l'existence puisque la règle ayant été introduite directement dans l'algorithme de sélection (auquel personne n'a pour l'instant eu réellement accès malgré les demandes en ce sens de l'association « droit des lycéens »). Elle n'est manifestée par aucun acte administratif classique. Aussi, la seule preuve de l'existence de cette règle est le rapport de l'inspection générale.

Ledit rapport relève d'ailleurs en page 19 que le système d'affectation APB n'a pas « *d'existence légale en dehors de la référence à l'obligation de préinscription* ».

Ainsi, il est évident que la règle de recevabilité introduite dans l'algorithme APB n'a pas de base légale.

C'est pourquoi, le juge administratif a eu l'occasion de sanctionner cette absence de base légale en relevant qu'aucune réglementation ne permet l'exclusion automatique du premier tirage au sort des candidats n'ayant pas effectué six vœux dans des filières ne relevant pas la catégorie « capacité d'accueil limitée » (TA Melun, ord. 12 octobre 2016, *M. Arun X*, n° 1607908).

Dès lors, il ne fait pas de doute que cette règle est illégale.

Néanmoins, cette illégalité pourrait aisément être couverte puisqu'il suffirait qu'un décret soit adopté par le gouvernement afin de consacrer cette règle pour que celle-ci dispose d'une base légale.

D'ailleurs, le gouvernement a récemment travaillé sur un projet de décret venant

préciser les modalités de sélection et d'affectation en première année à l'université. Certes, celui-ci a finalement été abandonné du fait de l'opposition des associations d'élèves et d'étudiants sur le principe de cette sélection. Toutefois, cela montre qu'une base légale au système pourrait prochainement être donnée par l'édiction d'un décret.

Il convient toutefois de préciser que, sur le fond, cette règle suscite également des critiques.

B. Une règle de présélection restreignant, en pratique, le libre choix des filières

Au-delà de son absence de base légale, la règle de recevabilité des candidatures pour le tirage au sort prioritaire méconnaît le principe du libre choix posé par le code de l'éducation. De plus, elle suscite des interrogations du point de vue du principe d'égalité d'accès à l'enseignement supérieur.

- S'agissant du principe du libre choix de la filière et de l'établissement évoqué *supra*, la règle de présélection méconnaît frontalement ces principes puisque l'exclusion automatique des étudiants qui n'effectuent pas six vœux sur des filières non en tension contraint ces derniers, s'ils souhaitent s'inscrire dans une filière à « capacité d'accueil limitée », à solliciter leur inscription dans des filières qu'ils ne souhaitent pas suivre.

Autrement dit, cette règle impose, pour que le bachelier ait une chance de bénéficier de la formation qu'il souhaite, qu'il s'inscrive dans six autres formations (même s'il ne souhaite pas forcément aller dans ces formations).

Ainsi, la candidature à une filière à « capacité d'accueil limitée » est conditionnée par la candidature à six autres formations non en tension.

Cette atteinte au libre choix est d'autant plus grande qu'en Ile-de-France, sont considérées comme des filières à « capacité d'accueil limitée », les filières : droit ; droit-économie ; économie ; économie et gestion ; gestion et économie d'entreprise ; AES ; AEI ; histoire de l'art et archéologie ; psychologie ; biologie ; biologie-environnement ; sciences biomédicales ; BGPC (biologie, géologie, physique-chimie) ; LEA anglais-espagnol ; STAPS ; arts du spectacle (théâtre, cinéma, musique) ; PACES ; etc.

C'est donc en dehors de ces nombreuses filières que l'étudiant doit ajouter six vœux. De la sorte, les choix sont relativement réduits.

Partant, il est clair que conditionner la candidature à une filière « à capacité d'accueil limitée » à la candidature dans six autres filières non en tension méconnaît le libre choix du bachelier qu'impliquent les articles L. 612-3, D. 612-3 et D. 612-9 du code de l'éducation.

● Par ailleurs, cette règle est critiquable au regard du principe d'égalité devant le service public de l'éducation.

En effet, l'article L. 111-5 du code de l'éducation rappelle que « *l'Etat est le garant de l'égalité devant le service public de l'enseignement supérieur* ».

Or, ce principe d'égalité devant le service public, qui a valeur de principe constitutionnel (décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*), implique que les différences de traitement

entre les usagers soient prévues par la loi ou justifiées par une différence de situation ou une nécessité d'intérêt général, pourvu qu'elles soient alors en rapport avec le but poursuivi (CE. Sect. 10 mai 1974, *Sieurs Denoyez et Chorques*, n° 88032, publiée au Recueil) ou la différence de situation, et ce, à condition de ne pas être manifestement disproportionnées (CE. Ass. 28 juin 2002, *M. Villemain*, n° 220361, publiée au Recueil ; CE. Sect. 18 décembre 2002, *Mme Joëlle X*, n° 233618, publiée au Recueil).

Au cas présent, la règle de présélection crée une différence de traitement puisque, selon les choix opérés entre les étudiants, ils seront traités différemment pour l'accès à la même formation. En effet, pour accéder à la même formation, certains étudiants verront leur candidature automatiquement rejetée puisqu'ils ne sollicitent pas six formations supplémentaires. C'est là que réside toute la dangerosité de la règle : les bacheliers peuvent, matériellement, valider leur candidature sur l'application alors que, du fait de l'algorithme, ils n'ont aucune chance d'être reçus.

Il y a donc une différence de traitement dans l'accès à une même formation.

Or, cette différence de traitement n'est pas prévue par la loi puisqu'aucun texte de nature législative n'impose ou n'implique que la participation au tirage au sort prioritaire soit conditionnée par l'ajout de six autres vœux.

En outre, cette différence de traitement n'est, de façon évidente, pas justifiée par une différence de situation en rapport avec la différence de traitement. En effet, la circonstance que le bachelier n'a pas demandé six formations non en tension n'a aucun rapport ou lien avec les

caractéristiques lui permettant d'accéder à une filière en tension.

De ce point de vue, la différence de traitement ne peut se justifier.

En revanche, il n'est pas exclu qu'un motif d'intérêt général en rapport avec la règle soit reconnu puisque l'objectif poursuivi est de sélectionner les bacheliers pour tenir compte des places disponibles.

Certes, en l'état, cet objectif est contraire à l'article L. 612-3 du code de l'éducation qui exclut toute sélection pour l'accès à la première année d'université. Néanmoins, cet article pourrait être modifié eu égard aux évolutions en cours en ce domaine.

En effet, à l'instar de ce qui vient d'être fait pour consacrer la sélection en master (loi n° 2016-1828 du 23 décembre 2016), le législateur pourrait intervenir afin de donner une assise à la sélection en première année de licence.

Toutefois, il n'en demeurerait pas moins que cette méthode de sélection serait critiquable dans la mesure où contraindre (de manière plus ou moins explicite) les bacheliers à demander six filières qu'ils ne souhaitent pas forcément obtenir n'est certainement pas de nature à régler les difficultés de gestion de l'université...

III. Une sélection par tirage au sort pour les filières à « capacité d'accueil limitée » illégale

Le juge administratif a censuré le tirage au sort inscrit dans l'algorithme APB en raison de son absence de base légale (A). Il apparaît en revanche que sur le fond, rien ne

s'oppose à un tirage au sort, de sorte que cette pratique pourrait devenir, facilement, légale (B).

A. Une absence de base légale sanctionnée par le juge

La règle de sélection par tirage au sort des étudiants sollicitant des filières à capacité d'accueil limitée n'est prévue par aucun texte.

En effet, à l'instar du reste du dispositif de sélection, ce tirage au sort ressort purement et simplement de la pratique administrative.

Plus précisément, face au trop grand nombre d'étudiants sollicitant une inscription dans une filière à capacité d'accueil limitée, l'administration a décidé d'introduire un tirage au sort au sein de l'algorithme pour départager les étudiants.

Or, comme la règle imposée aux étudiants franciliens, ce tirage au sort n'est prévu, ni les articles L. 612-1 et suivants du code de l'éducation, ni les articles D. 612-1 et suivants du même code, ni l'arrêté du 8 avril 2011 « relatif à la procédure de préinscription en première année d'une formation postbaccalauréat » ne prévoient cette règle.

Comme indiqué *supra* à propos de la règle de présélection, c'est le rapport n° 2016-004 de janvier 2016 de l'inspection générale de l'administration (et lui seul) qui atteste de son existence, le ministère de l'éducation étant particulièrement silencieux sur l'algorithme de sélection.

Ainsi, il est évident que la règle de sélection par tirage au sort de l'application APB n'a pas de base textuelle.

C'est pourquoi, le juge administratif a eu l'occasion de sanctionner cette absence de base légale.

Il a relevé, d'une part, qu'aucun texte ne prévoyait cette règle et, d'autre part, que l'administration ne pouvait se prévaloir de la compétence générale du ministre pour adopter les mesures nécessaires au fonctionnement du service public (voir, sur ce point : CE. Sect. 7 février 1936, *Sieur Jamart*, n° 43321, publiée au Recueil). En effet, il a jugé que les dispositions de l'article L. 612-3 du code de l'éducation précisaient les modalités selon lesquelles le ministre pouvait organiser l'inscription des étudiants, de sorte que la compétence générale du ministre ne pouvait être utilisée (voir, sur ce point : CE. Sect. 8 janvier 1982, *SARL « Chocolat de régime Dardenne »*, n° 17270, publiée au Recueil).

Autrement dit, si le ministre souhaitait prévoir un tirage au sort pour départager les étudiants, il devait le faire par arrêté régulièrement publié (article L. 612-3 du code de l'éducation).

A défaut, le tirage au sort est illégal (TA Bordeaux, 16 juin 2016, n° 1504236).

Par conséquent, il apparaît qu'en adoptant un arrêté, le ministre pourrait aisément donner une base légale au tirage au sort, qui ne pourrait alors, sur le fond, être critiqué.

B. Une base légale qui pourrait facilement être donnée par le pouvoir réglementaire

Comme indiqué ci-dessus, la censure du juge administratif s'est limitée à l'absence de base légale du système mis en place pour

départager les candidats à la première année dans les filières à capacité d'accueil limitée.

En effet, le principe du tirage au sort, ne semble pas poser de difficulté au juge administratif qui a, implicitement, reconnu la possibilité de sélectionner les étudiants par tirage au sort.

C'est ce qui ressort de deux décisions assez anciennes mentionnées aux tables (CE. SSR. 5 novembre 2001, *Ministre de l'éducation*, n° 215351 ; CAA Nancy, 14 octobre 1999, *M. Hugues X*, n° 98NC0467).

Dans cette affaire, un candidat-étudiant en STAPS avait sollicité l'annulation du refus d'inscription qui lui avait été opposé au motif qu'il n'avait pu participer au tirage au sort organisé par l'université dès lors que sa candidature avait été réceptionnée après ce tirage au sort mais avant la fin de la période réglementaire d'inscription.

La cour administrative d'appel de Nancy, confirmée par le Conseil d'Etat, avait alors considéré que ce refus méconnaissait le principe d'égalité devant le service public de l'éducation. Le Conseil d'Etat avait quant à lui précisé que la rupture d'égalité reposait sur les différences de délais et conditions d'acheminement postal qui faisaient que la date de réception des candidatures ne pouvait fonder un pré-tri avant le tirage au sort.

En revanche, aucune des deux juridictions n'avait remis en cause le principe du tirage au sort.

Par conséquent, l'on peut en déduire qu'un tirage au sort effectué avec l'ensemble des étudiants ayant candidaté pendant la période réglementaire d'inscription est légal.

Avril 2017

Ainsi, en transposant ces solutions au système actuel, il apparaît qu'un tirage au sort, s'il disposait d'une base textuelle, pourrait être légalement organisé à condition de porter sur l'ensemble des candidats ayant présenté un vœu dans l'application APB.

Dès lors, l'illégalité du système APB pourrait aisément être couverte.

D'ailleurs, le gouvernement a étudié, à la suite des problèmes récurrents rencontrés ces dernières années et dénoncés par différents organismes (dont l'association « droit des lycéens »), la possibilité de réformer le système APB en lui donnant une base légale. Néanmoins, en cette année électorale, aucune solution n'a finalement été trouvée.

De la sorte, pour la rentrée universitaire 2017-2018, les inscriptions à l'université se feront toujours par le biais de l'application APB, alors que l'administration connaît, depuis janvier 2016 l'illégalité de l'algorithme.

A cet égard, la circulaire n° 2017-077 du 24 avril 2017 intitulée « procédures d'admission » qui tente de donner un socle au tirage au sort n'apparaît pas de nature à couvrir l'absence de base légale du système dans son ensemble (voir sur ce point, l'article « Quel effet de la circulaire APB ? »).

Cette situation est d'autant plus préjudiciable que le système actuel est manifestement insatisfaisant puisqu'il conduit de nombreux étudiants à n'obtenir aucune inscription.

La seule solution est donc pour ces derniers de contester le refus d'inscription qui leur est opposé, fondé sur un algorithme illégal.