

## Une décision du Conseil constitutionnel décevante sur la communication des algorithmes utilisés par les universités dans le cadre de « Parcoursup »

La loi n° 2018-166 du 8 mars 2018, qui a créé l'article L. 612-3 du code de l'éducation, est venue restreindre le droit d'accès aux algorithmes utilisés par les universités pour la sélection des étudiants dans le cadre de Parcoursup. Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel, saisi par des associations d'étudiants de cette restriction du droit à la communication des documents administratifs, consacre le caractère constitutionnel du droit d'accès aux documents administratifs mais confirme, sous certaines réserves, les restrictions apportées au droit à la communication des algorithmes par le code de l'éducation et, notamment, l'interdiction d'avoir accès aux codes sources.

En créant le mécanisme de Parcoursup pour succéder à l'ancien système APB (voir l'article : « *L'introduction de Parcoursup implique un changement de philosophie profond pour l'université* »), l'Etat a également décidé de réglementer la communication des codes sources et informations relatives aux algorithmes utilisés par Parcoursup.

Au terme de cette réforme, l'information sur les critères de sélection utilisés par les universités est facilitée pour les étudiants mais strictement encadré, de sorte qu'en réalité, cette réforme a réduit les possibilités de communication des algorithmes (I.).

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel était interrogé par le Conseil d'Etat sur la constitutionnalité de l'article L. 612-3 du code de l'éducation (CE. CHR. 15 janvier 2020, *UNEF c. Université de la Réunion*, n° 433296 ; voir le commentaire : « *La restriction du droit d'accès aux algorithmes de Parcoursup est soumise au Conseil Constitutionnel* »).

Pour y répondre, il s'interroge d'abord sur le caractère constitutionnel du droit à la communication des algorithmes avant d'examiner la constitutionnalité de la restriction apportée par le législateur (II.).

### I. Un traitement particulier de la communication des algorithmes de Parcoursup

Etant donné les conséquences pratiques de l'article L. 612-3 du code de l'éducation, il est nécessaire de rappeler quel est l'effet de ces dispositions et ce qu'elles changent par rapport à la communication des autres algorithmes utilisés par l'administration.

#### A. Les règles communes à la communication des algorithmes et des codes sources (excepté ceux de Parcoursup)

Depuis la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, la communication autour des algorithmes utilisés par l'administration a été renforcée (voir l'article : « *Une meilleure information sur les traitements algorithmiques des demandes des administrés* »).

Ainsi, les principes en la matière sont désormais les suivants :

- Toute décision prise sur le fondement d'un algorithme doit le mentionner (article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et

l'administration). Cette information doit porter : sur l'existence du traitement algorithmique, ses finalités et la possibilité d'obtenir davantage d'informations (article R. 311-3-1-1 du même code).

- Les administrations doivent publier (en ligne) les principales règles des traitements algorithmiques qu'elles mettent en œuvre (article L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration).
- Sur demande, « *les principales caractéristiques de [la] mise en œuvre* » de l'algorithme sont données. Des informations plus précises sont alors fournies quant : au degré et au mode de contribution du traitement algorithmique, aux données traitées et à leur source, aux paramètres de traitement et opérations effectuées par le traitement (article R. 311-3-1-2 du code des relations entre le public et l'administration).
- Concernant la communication du code source en lui-même, elle est possible mais relève des dispositions générales relatives à la communication des documents administratifs. En effet, l'article L. 300-2 du même code rappelle que les codes sources sont des documents administratifs, comme l'avait déjà indiqué à plusieurs reprises la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA, 23 juin 2016, *Association Droits des lycéens*, n° 20161990 ; voir, dans le même sens : CADA, 8 janvier 2015, *DGFIP*, n° 20144578). En dehors de ce rappel, aucune avancée n'a eu lieu

quant à leur communication qui peut s'avérer parfois difficile en pratique.

Tels sont donc les grands principes applicables à toutes décisions qui sont prises à l'aide d'algorithmes.

## **B. Les règles de communication des algorithmes de Parcoursup**

Ces dispositions générales créées en 2016 par la loi « *pour une République numérique* », afin de rendre plus transparents les traitements algorithmiques des demandes des administrés (ces traitements étant voués à augmenter), ont été jugées inopportunes pour les algorithmes mis en œuvre par les universités dans le cadre de Parcoursup.

Aussi, le gouvernement, suivi par le Parlement, a prévu des règles de communication différentes.

Il faut sur ce point distinguer le sort réservé :

- A l'algorithme général de Parcoursup.
- Aux algorithmes utilisés par les universités pour sélectionner les élèves dans chaque formation.

En effet, ces deux types d'algorithmes font l'objet de traitements différents.

### **L'algorithme général de Parcoursup**

Cet algorithme reste soumis aux dispositions générales relatives à la communication des algorithmes.

Il n'y a donc aucune spécificité sur ce point.

D'ailleurs, le II. de l'article L. 612-3 du code de l'éducation précise que la communication du code source doit être accompagnée de la présentation synthétique de son cahier des charges et du traitement algorithmique.

Ce point n'appelle donc pas de précisions particulières puisque ce n'est pas – comme à l'époque d'APB (voir l'article : « *La présélection par l'application APB est illégale* ») – l'application générale qui sélectionne les élèves. C'est au contraire, chaque université qui procède à sa sélection.

Dès lors, l'algorithme général présente un intérêt plus limité.

- **Les algorithmes particuliers mis en œuvre par les universités**

Comme indiqué ci-dessus, ce sont désormais les universités qui, dans le mécanisme Parcoursup, sélectionnent les élèves.

Pour cette sélection, elles peuvent utiliser leurs propres algorithmes au niveau de l'établissement et de chaque formation.

Or, s'agissant de ces algorithmes propres à chaque formation, qui sont les plus importants et servent à la sélection, le droit à la communication exposé ci-dessus (au A.) n'est pas applicable.

En effet, l'article L. 612-3 du code de l'éducation dispose :

*« Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques [...], 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 ».*

Autrement dit, et comme le rappelle la décision commentée du Conseil constitutionnel (qui se réfère à la jurisprudence du Conseil d'Etat : CE. CHR. 12 juin 2019, *UNEF c. Université des Antilles*, n° 427916, mentionnée aux tables ; voir le commentaire : « *Les syndicats étudiants n'ont pas le droit de demander la communication des algorithmes de Parcoursup* »), les critères et modalités d'examen des candidatures par les commissions d'examen de chaque université sont communicables :

- Uniquement aux étudiants ayant été candidats (et pas aux tiers, notamment les syndicats d'étudiants),
- Après le rejet de leur candidature (et non avant).

En revanche, et comme cela ressort de la décision du Conseil d'Etat *UNEF c. Université des Antilles* et de l'avis de la CADA que cette décision confirme (avis 20184400 du 10 janvier 2019), ces règles spéciales excluent la communication des codes sources des algorithmes.

Ainsi, le principe posé par ces nouvelles dispositions tranche radicalement avec l'esprit de la loi pour une République numérique et avec le mouvement de ces dernières décennies.

Au lieu d'ouvrir l'accès aux algorithmes utilisés par l'administration, ces dispositions en ferment l'accès.

C'est la raison pour laquelle ces dispositions ont été contestées devant le Conseil d'Etat

par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité.

En effet, l'UNEF a contesté ces dispositions en estimant, d'une part, qu'elles lui interdisaient d'avoir accès aux algorithmes utilisés par les universités et, d'autre part, que cette interdiction était contraire à son droit constitutionnel à la communication de documents administratifs.

Or, le Conseil d'Etat a estimé que cette question était sérieuse et l'a renvoyée au Conseil constitutionnel (CE. CHR. 15 janvier 2020, *UNEF c. Université de la Réunion*, n° 433296 ; voir le commentaire : « *La restriction du droit d'accès aux algorithmes de « Parcoursup » est soumise au Conseil Constitutionnel* »).

La décision commentée vient donc répondre à cette question.

## II. Une restriction du droit d'accès jugée conforme à la Constitution

Au terme de son raisonnement, le Conseil constitutionnel considère que les restrictions apportées au droit à la communication des algorithmes sont justifiées, mais ajoute une réserve visant à imposer aux universités la publication ultérieure de certaines informations.

### A. Une restriction justifiée et proportionnée

Comme l'indique plus en détails l'article « *L'accès aux documents administratifs est un droit constitutionnel* », la décision commentée du Conseil constitutionnel vient consacrer l'assise constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs.

Ce qui signifie que le Conseil constitutionnel va désormais contrôler les atteintes portées par la loi à ce droit d'accès.

Cependant, cette première décision montre les limites de ce contrôle. En effet, pour être conformes à la Constitution les atteintes doivent :

- Etre justifiées par un motif d'intérêt général,
- Etre proportionnées à l'objectif poursuivi.

Ce dont le Conseil constitutionnel déduit en l'espèce la constitutionnalité des restrictions à la communication des codes sources et algorithmes.

- **Une restriction apparemment justifiée par deux motifs**

Dans son raisonnement, le Conseil constitutionnel recherche l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il a créé cet obstacle au droit d'accès.

- A cette occasion, il relève que le législateur a considéré que les algorithmes utilisés par les commissions d'examen pour classer les élèves n'étaient « *pas dissociable[s]* » de l'appréciation portée sur les candidats. Il considère donc que le législateur a souhaité protéger :

- Le secret des délibérations des commissions d'examen,
- L'indépendance de ces commissions et leur autorité.

Le Conseil constitutionnel en déduit donc que le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général.

En effet, l'article L. 612-3 du code de l'éducation se fonde directement sur le principe du « *secret des délibérations* » pour justifier cette atteinte.

Ce qui fait référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE. SSR. 17 février 2016, *CNFPT*, n° 371453, publiée au Recueil) et à la pratique décisionnelle de la CADA (Avis n° 20165120 du 12 janvier 2017, *Mme X c. Université de Nice Sophia Antipolis*) qui protègent ce secret. Du fait de ce principe, les documents produits par les jurys pour l'exercice de leur mission ne sont pas, en principe, communicables.

C'est donc à ce raisonnement qu'il ait fait référence ici.

- Le Conseil constitutionnel paraît s'être également fondé sur un second motif, même si l'on peut douter de sa pertinence.

En effet, il relève que le traitement des vœux des candidats n'est pas entièrement automatisé puisqu'il est nécessaire qu'une appréciation soit portée par la commission sur les mérites des candidats.

Cependant, une telle remarque ne paraît pas en principe susceptible d'avoir un impact sur les obligations en matière de communication des algorithmes.

Plus précisément, ce qui importe, c'est qu'un algorithme entre en jeu dans la prise de décision, même si une partie de la décision est prise après une appréciation humaine. C'est d'ailleurs pour cette raison que les règles fixées aux articles L. 311-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration ne distinguent pas entre les décisions prises entièrement sur le fondement d'un traitement algorithmique et celles prises partiellement sur le fondement d'un tel traitement. Toutes ces décisions sont soumises aux mêmes obligations.

En effet, seul le résultat compte : la décision a été prise en utilisant un algorithme. Que cette utilisation soit totale ou partielle, le résultat est identique.

Toutefois, en l'espèce, le Conseil constitutionnel semble accorder une importance à ce point.

- **Une restriction jugée constitutionnelle**

Après avoir rappelé ces deux considérations, le Conseil constitutionnel dresse une liste des informations qui peuvent être données aux candidats.

Ces derniers ont accès, avant l'examen de leur candidature :

- Aux connaissances et compétences attendues dans ce type de formation,
- Aux critères généraux fixés par les universités.

Après le rejet de leur candidature, ils peuvent demander les critères et modalités d'examen fixées par les commissions d'examen (en vertu du II. de l'article D. 612-1-13 du code de l'éducation). Autrement dit les critères qui sont censés avoir été réellement utilisés par les commissions d'examen pour départager les candidats-étudiants.

Le Conseil constitutionnel considère, en substance, que ces informations sont suffisantes pour satisfaire le droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs.

Bien qu'il ne le précise pas expressément cela signifie que sont conformes au droit d'accès garanti par la Constitution :

- L'interdiction (pour les étudiants ou toute autre personne) de demander communication du code source des algorithmes utilisés,
- L'impossibilité de connaître à l'avance les critères exacts qui seront fixés par les commissions d'examen (les élèves et leurs syndicats n'ont accès, avant la sélection, qu'à l'encadrement général adopté par l'université).

Dès lors, pour le Conseil constitutionnel, ces atteintes portées à ce droit est conforme à la Constitution.

## B. Une constitutionnalité avec réserves

Bien que le Conseil constitutionnel valide de manière générale le mécanisme, il apporte une précision et une réserve aux dispositions de l'article L. 612-3 du code de l'éducation.

- **Les syndicats étudiants peuvent demander l'accès à certains documents**

Au cours de son raisonnement, le Conseil constitutionnel précise que les tiers (et notamment les syndicats étudiants) peuvent demander, avant le terme de la procédure, la communication :

- des connaissances et compétences attendues des élèves,
- des critères généraux créés par les universités.

Cette précision est utile car les décisions et avis rendus jusqu'ici (CE. CHR. 12 juin 2019, *UNEF c. Université des Antilles*, n° 427916, mentionnée aux tables ; CADA, 10 janvier 2019, avis 20184400) laissaient supposer que les syndicats étudiants n'avaient aucun droit à communication de quelque document que ce soit, du fait de la généralité du texte, qui s'adresse uniquement aux étudiants.

Le Conseil constitutionnel précise qu'ils peuvent demander ces éléments.

Toutefois, l'utilité de ces documents et éléments pour les syndicats étudiants reste limitée dans la mesure où il s'agit de documents particulièrement généraux.

Les seuls éléments importants sont en réalité les algorithmes et critères utilisés par les

commissions d'examen, auquel les syndicats n'ont toujours pas accès.

En effet, ce sont ces critères qui sont utilisés pour la sélection.

- **Les universités doivent publier, après la procédure de préinscription, les critères utilisés pour examiner les demandes**

Pour déclarer constitutionnel le mécanisme prévu par l'article L. 612-3 du code de l'éducation, le Conseil constitutionnel impose une obligation supplémentaire aux universités.

En effet, il leur impose, au terme de la procédure de sélection des élèves, de publier :

- Les critères utilisés pour sélectionner les candidatures,
- En précisant si des algorithmes ont été utilisés.

Toutefois, il n'impose pas que ces algorithmes eux-mêmes soient publiés ou communiqués.

Il ouvre donc la voie à davantage d'information pour les étudiants et leurs syndicats, mais sans permettre d'avoir accès à ces algorithmes (ni de comprendre comment ils fonctionnent).

Ainsi, même si cette réserve présente une avancée, elle ne permettra pas d'exercer un véritable contrôle sur l'utilisation des algorithmes par les universités.

*En conclusion*, cette décision du Conseil constitutionnel permet de clarifier (et d'étendre légèrement les informations communiquées aux élèves) mais reste décevante quant à la communication des codes sources des algorithmes utilisés.

En effet, l'information sera désormais la suivante, avant la fin de la sélection :

- Information des candidats-étudiants sur, d'une part, les connaissances et compétences attendues dans ce type de formation, et, d'autre part, sur les critères généraux fixés par les universités.
- Possibilité pour les tiers de demander la communication de ces informations.

Après la sélection, l'information sera double :

- Les élèves pourront demander à connaître les critères et modalités d'examen utilisés par les commissions d'examen.
- Les universités devront publier un bilan reprenant ces critères en indiquant si des algorithmes ont été utilisés.

Mais cette décision n'ouvre aucune possibilité de communication des codes sources, comme elle existe dans tous les autres domaines.

Ainsi, il ne sera pas possible aux étudiants et à leurs syndicats de vérifier si les informations qui leurs sont données sont correctes et si les algorithmes ont bien fonctionné.

En effet, sans possibilité d'avoir accès aux cordes sources, il sera impossible de vérifier si les informations données par les universités sont justes. Il faudra donc s'en tenir aux informations qu'elles souhaitent communiquer.

Sur ce point, au vu du libellé de l'article L. 612-3 du code de l'éducation tel que validé par le Conseil constitutionnel, il apparaît clairement qu'il ne pourra être exigé, même par le juge, dans le cadre des litiges au fond déposés contre les refus d'admission, d'avoir accès à ces codes sources pour en vérifier le fonctionnement (puisque ces algorithmes sont protégés par le « *secret des délibérations* » comme s'il s'agissait d'une discussion entre les membres du jury sur les mérites des différents candidats).

De la sorte, le Conseil constitutionnel confirme l'obstacle très important posé par l'article L. 612-3 du code de l'éducation à la contestation des décisions de refus d'admission, en interdisant aux étudiants et à leurs syndicats de vérifier quels critères ont effectivement été utilisés en consultant eux-mêmes les codes sources des algorithmes.