

N° 1801094

UNION NATIONALE DES ÉTUDIANTS DE FRANCE (UNEF) /

Audience du 29 janvier 2019

Rapporteur : M. Wegner

CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Brigitte PATER

L'union nationale des étudiants de France (UNEF) a demandé au président de l'université des Antilles lui communiquer le ou les procédés algorithmiques utilisés par l'outil d'aide à la décision dans le cadre du traitement des candidatures d'entrée en licence via la plateforme Parcoursup, ainsi que le ou les codes sources correspondants.

Le code source d'un logiciel est un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un microprocesseur.

C'est sur le fondement des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 codifiées aux articles L 311-1 et L 300-2 du code des relations entre le public et l'administration que l'UNEF vous saisit aujourd'hui ;

Avant de traiter la présente affaire, nous ferons un bref rappel de l'historique de l'application de cette loi aux procédés algorithmiques et codes sources ;

Dans un avis n° 20144578 rendu en sa séance du 08 janvier 2015 *DGFIP*, la commission d'accès aux documents administratifs a estimé que le code source du logiciel simulant le calcul de l'impôt sur le revenu était un document administratif et qu'à ce titre, l'administration fiscale devait le communiquer à un universitaire qui en avait fait la demande à des fins de recherche ; Le raisonnement suivi par la commission était intéressant, car revenait à faire primer le droit à la communication sur le droit d'auteur ; ce raisonnement a été suivi par la justice administrative.

Dans son avis du 23 juin 2016, *Association Droits des lycéens*, n° 2016989, la commission d'accès aux documents administratifs répondait à l'association « Droits des lycéens » réclamant que lui soit communiqué le code source d'un logiciel d'admission post bac (APB) « pour les licences à capacité limitée ». Cet algorithme gère les affectations des lycéens dans différentes filières lorsque celles-ci sont particulièrement demandées (plus de candidatures que de places) et se charge alors de les répartir en fonction de plusieurs critères ; La CADA a estimé que les fichiers informatiques constituant le code source ou algorithme sollicité, réalisés par l'Institut national polytechnique de Toulouse pour le ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche dans le cadre



de leurs missions de service public respectives, revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article L300-2 du code des relations entre le public et l'administration. Ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande.

Ce raisonnement a été repris par les tribunaux ;

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 « pour une République numérique » est ensuite intervenue pour

- d'une part, modifier la liste des documents administratifs communicables en ajoutant les « codes sources » à la liste des documents communicables de l'article L 300-2 du code des relations entre le public et l'administration ;
- d'autre part, par le décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique, pris en application de l'article 4 de la loi, a créé les articles L. 311-3-1 et R. 311-3-1-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration prévoyant la communication à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique d'en être informée et d'avoir communication des règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre ;
- enfin, par la création de l'article L.312-1-3, a prévu la publication en ligne par les administrations des règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles

L'état du droit étant rappelé, venons à la demande de l'UNEF

En l'absence de réponse de l'université à sa demande faite par lettre du 19 février 2018 reçue le 18 juin 2018, l'UNEF a saisi la commission d'accès aux documents administratifs le 12 septembre 2018 ; celle-ci a rendu un avis le 10 janvier 2019 ; Cet avis est défavorable et surprend ainsi par rapport à l'élan donné par cette commission jusqu'alors par les avis que nous avons vus ;

La difficulté dans cette affaire est qu'elle porte sur Parcoursup, procédure nationale de préinscription dans une formation du premier cycle dispensée par un établissement public de l'enseignement supérieur, qui a été créé par une loi 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants et qui édicte ses propres règles en matière de transparence ;



Cette loi prévoit notamment par une disposition codifiée à l'article L 612-3 du code de l'éducation applicable à compter du 8 septembre 2018, qu'afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques, les obligations prévues par les articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputés 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.

Selon la commission d'accès aux documents administratifs, cette loi instaure d'une part, un régime spécial d'accès, pour les candidats qui le demandent, aux procédés algorithmiques lorsque ceux-ci sont élaborés par des équipes pédagogiques chargés de l'examen des candidatures et d'autre part fait obstacle, pour ce type de documents administratifs, à l'obligation de publication en ligne prévue par l'article L.312-1-3, ce qui exclut nécessairement le droit d'accès des tiers ;

La commission d'accès aux documents administratifs est toutefois très nuancée puisqu'elle estime que ces dispositions n'obligent pas la diffusion comme le droit commun mais n'interdisent pas aux établissements de le faire spontanément et souligne que les candidats ne doivent pas être empêchés par cette loi de connaître de façon complète et effective les critères, modalités et motifs des décisions prises à leur égard, ce qui peut inclure le cas échéant une information relative à un ou plusieurs éléments du traitement algorithmique.

Vous pourriez considérer que tout est dit par cette loi et que les tiers, comme l'UNEF, ne sauraient, sauf diffusion spontanée, être destinataire de l'information concernant les méandres de Parcours sup, méandres qui varient selon les universités ; Vous estimeriez alors que diffusion et communication sont liés et que la loi ayant prévu expressément une dérogation à l'obligation de droit commun prévue par l'article L.312-1-3, de publication en ligne par les administrations des règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles, l'UNEF ne saurait en demander la communication ;

Il faut toutefois souligner que cette entorse aux avancées rappelées plus haut, sont motivées par la loi Parcoursup par le nécessaire respect du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures ;

Dans une décision publiée le 21 janvier 2019, Jacques TOUBON, le défenseur des droits recommande à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation de prendre les mesures nécessaires, d'ordre législatif et d'ordre réglementaire, afin de rendre publiques toutes les informations relatives



au traitement, y compris algorithmique, et à l'évaluation des dossiers des candidats par les commissions locales des établissements d'enseignement supérieur en amont du processus de leur affectation dans les formations de premier cycle de l'enseignement supérieur, afin d'assurer la transparence de la procédure et de permettre aux candidats d'effectuer leurs choix en toute connaissance de cause.

C'est dans cette voie que je vous invite à aller, les termes de la loi, à mon sens, vous le permettant, et ce, contrairement à l'avis de la commission d'accès aux documents administratifs ;

En effet, l'article L 612-3 précité du code de l'éducation nationale ne vise, dans ses restrictions motivée par la protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques, que les obligations prévues par les articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3, or, ces obligations concernent pour l'une les rapports entre l'administration et le candidat ayant fait l'objet d'une décision individuelle et pour l'autre, la question de la publication en ligne.

Or, telle n'est pas la demande de l'UNEF qui n'est pas un candidat et ne sollicite pas la diffusion en ligne mais la communication de documents, qui désormais depuis la loi sur la République numérique, et la loi de 2018 ne le remet pas en cause, constituent en eux même des documents administratif communicables à toute personne qui en fait la demande en application de l'article L.300-2 du code des relations entre le public et l'administration ;

Ce qui s'oppose ici à cette communicabilité est le secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures ;

Vous noterez qu'en droit commun, un document administratif normalement communicable peut ne pas l'être dans des cas particulier ou sa communication porterait atteinte à un secret : L 311-5 évoque les secrets protégés par la loi de 1978 sans y inclure le secret des délibérations des équipes pédagogiques ;

Dans une affaire où il était question d'une confrontation entre l'absence de communication de documents en matière d'environnement prévue par la loi générale du 17 juillet 1978 et l'application d'une loi spéciale plus permissive d'information du public sur le lieu des disséminations, le conseil d'Etat a jugé que *Les dispositions de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, qui définissent les règles générales en matière de communication de documents administratifs, ne sont applicables que sous réserve qu'une loi spéciale, postérieure, n'ait pas défini des modalités particulières de communication de certains documents administratifs*

SSR 2007-11-21 280969 A Commune de Sausheim ;

Il faut toutefois noter que dans le cas d'espèce du conseil d'Etat, la loi spéciale transposait une directive européenne et était davantage permissive que la loi de 1978

Dans le cas de la demande de l'UNEF, la loi spéciale est plus restrictive et ne semble pas émaner d'une inspiration européenne ;

L'article L 311-6 du code des relations entre le public et l'administration prévoit que ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique ;

Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la communication sollicitée ne tend pas ici à dévoiler le contenu de l'appréciation portée sur chaque candidat mais uniquement les critères généraux pris en compte dans cette appréciation ainsi que leur méthode d'application.

l'article 22 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (dit RGDP) dispose que *« 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. »*

la CNIL dans sa délibération n° 2018-119 du 22 mars 2018 a précisé que *« dans sa rédaction actuelle, l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée précise qu'aucune "décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ".»*

Dans son mémoire en défense, l'université reconnaît que les procédés algorithmiques utilisés par l'outil d'aide à la décision dans le cadre du traitement des candidatures d'entrée en Licence ne se substitue pas à l'appréciation souveraine des membres de la commission ;

Dès lors, la communication des documents demandés par l'UNEF ne s'oppose pas au secret des délibérations de l'équipe pédagogique qui concerne la seconde phase dans le processus décisionnel individuel

Dès lors, à notre sens, ni les termes de la loi 2018-166 du 8 mars 2018, ni son esprit, ne s'opposent à la demande de l'UNEF qui relève de la loi de 1978 modifiée et codifiée à l'article L 300-2 du code des relations entre le public et l'administration.



Vous annulerez donc la décision de refus de communication

Sur les conclusions injonctives :

En application de l'article L311-9 du code des relations entre le public et l'administration, le document est communiqué au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration par la délivrance sur un support compatible avec celui qu'elle utilise aux frais du demandeur ou par courrier électronique et sans frais ;

La loi du 17 juillet 1978 ne fait pas obligation à l'administration d'élaborer un nouveau document, notamment un document qui n'existerait pas en l'état et ne pourrait être obtenu que par une opération excédant un simple traitement automatisé d'usage courant ;

En l'espèce, Il était demandé une communication par voie électronique accessible par mail ;

Nous vous proposons donc d'enjoindre à l'université de communiquer le document sous la forme sous laquelle l'administration le détient cf avis 20144578 du 8 janvier 2015 concernant le code source du logiciel simulant le calcul de l'IR ou sur un support comptable avec celui qu'elle détient

Par ces motifs, nous concluons à

- l'annulation de la décision implicite de rejet de la demande de l'UNEF reçue le 18 juin 2018
- injonction de communiquer les documents par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et ce dans le délai d'un mois à compter de la notification du présent jugement, sous astreinte de 100 euros par jour de retard.
- 300 euros L 761-1 du code de justice administrative


Premier Conseiller
Brigitte PATEN