

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2020

Manon Decaux et Alexandre Labbay



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/8173>

DOI : [10.4000/crdf.8173](https://doi.org/10.4000/crdf.8173)

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 9 septembre 2021

Pagination : 153-159

ISBN : 978-2-38185-028-3

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Manon Decaux et Alexandre Labbay, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2020 », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 01 mai 2022, consulté le 03 avril 2023. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/8173> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.8173>

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2020

Manon DECAUX

Doctorante en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

Alexandre LABBAY

Doctorant en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. Feu vert du Conseil sur la loi de programmation de la recherche : l'échec des portes étroites universitaires
 - A. Le rapide refus de consécration d'un PFRLR de qualification nationale
 - B. Le rejet, sous une (très) légère réserve, de la violation des principes d'indépendance et d'égal accès aux emplois publics
 - II. La consécration de la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs : une victoire en demi-teinte du côté des étudiants
 - A. Le renforcement de l'effectivité d'un principe de transparence de l'action administrative
 - B. Une conformité sous réserve : la question de l'application de la transparence aux traitements algorithmiques utilisés par les administrations

L'urgence sanitaire faisant l'objet des présents *Cahiers*, le choix a été fait de consacrer cette chronique à un autre thème lié à l'actualité constitutionnelle : celui de l'enseignement supérieur. Dans ce cadre, deux décisions ont retenu l'attention des chroniqueurs, en ce qu'elles intéressent, chacune à leur manière, l'accès à l'enseignement supérieur : l'accès des candidats au corps des enseignants-chercheurs d'une part, l'accès des étudiants à l'université d'autre part.

Dans la première décision étudiée, le Conseil est ainsi saisi de la question de la constitutionnalité de la suppression de l'exigence de qualification nationale et du dispositif de *tenure track* avec la création des chaires de professeur junior (I). Dans le cadre de la seconde, il se retrouve

confronté, à propos de la fameuse plateforme Parcoursup, au droit d'accès aux documents administratifs (II).

Ces saisines auraient pu être l'occasion pour le Conseil d'assurer l'effectivité des principes constitutionnels face au législateur. Le résultat est autre. Non seulement la consécration de la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs n'apparaît guère suivie d'effets, mais en plus le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs semble avoir été « vid[é] de sa substance »¹. Aussi, il est à nouveau possible de faire remarquer que, à l'instar de la publication des portes étroites et de la communicabilité des documents administratifs, l'accès aux opinions dissidentes du Conseil pourrait être bienvenu.

1. D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, « Le Conseil constitutionnel vide de sa substance le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs », *Le Monde*, 8 janvier 2021.

I. Feu vert du Conseil sur la loi de programmation de la recherche : l'échec des portes étroites universitaires

Trois cent trente-trois pages de contributions extérieures². Voilà peut-être un moyen de chiffrer la réaction de la communauté universitaire à l'adoption de la loi de programmation de la recherche³.

Les contributions extérieures, communément appelées portes étroites⁴, voyaient déjà leurs auteurs rendus publics depuis 2017⁵. Elles sont désormais – lorsqu'elles sont reçues dans le cadre du contrôle *a priori* – entièrement publiées sur le site du Conseil constitutionnel⁶ et ne sont plus « caché[es] dans les tréfonds du Palais-Royal »⁷. En l'espèce, elles n'auront toutefois pas réussi à convaincre le Conseil. La loi de programmation de la recherche, aussi décriée qu'elle ait pu l'être au sein de la communauté universitaire, a fait l'objet d'une « validation globale »⁸ par le Conseil dans sa décision n° 2020-810 DC du 21 décembre 2020⁹.

Des contributeurs extérieurs ont pu insister sur la nécessité d'envisager la loi dans son ensemble pour apprécier ses conséquences sur les libertés académiques¹⁰. Néanmoins, précisons d'ores et déjà que la réflexion sera ici consacrée à la création des chaires de professeur junior (art. 4, II) et à la dispense de l'exigence de qualification nationale pour le recrutement des professeurs d'université et, à titre expérimental, des maîtres de conférences (art. 5). Ces dispositions ont en effet pour conséquence « de permettre l'accès à des corps d'enseignants-chercheurs sans qu'intervienne à aucun moment dans la procédure de recrutement une instance nationale composée de pairs relevant de la discipline en cause »¹¹. C'est donc leur adoption qui fait craindre « l'exacerbation du localisme et des pratiques mandarinales »¹². Aussi, ne sera notamment pas envisagée la logique de déclaration d'inconstitutionnalité du délit d'intrusion dans l'enceinte d'un établissement

d'enseignement supérieur (art. 38) en tant que cavalier législatif¹³.

Au-delà du fond, les circonstances de l'adoption de la loi étaient également critiquées. L'article 5 de la loi se voyait ainsi contesté sur le plan de la violation de la clarté et de la sincérité des débats parlementaires. Il est en effet issu d'un amendement déposé devant la seconde assemblée peu de temps avant la réunion de la commission mixte parlementaire. La jurisprudence antérieure avait pu laisser supposer qu'un tel dépôt n'était possible que si le nombre et l'objet des amendements n'y faisaient pas obstacle¹⁴. Or l'objet de l'amendement semblait substantiel dès lors qu'il supprimait la qualification nationale par le Conseil national des universités. Le Conseil rejettera cette interprétation et déclarera l'article adopté selon une procédure conforme à la Constitution, l'amendement présentant un lien avec le texte¹⁵.

L'examen de cette décision se concentrera ici sur le sort réservé aux principes liés au service public de l'enseignement supérieur et, plus précisément, aux enseignants-chercheurs. La décision du Conseil se démarque par le refus net de consacrer un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) d'exigence de qualification nationale pour être recruté en tant qu'enseignant-chercheur (A) et par le rejet de toute violation des principes d'indépendance et d'égal accès aux emplois publics, concédant seulement une réserve d'interprétation (B).

A. Le rapide refus de consécration d'un PFRLR de qualification nationale

« Et si l'exigence de qualification nationale pour accéder aux corps des enseignants-chercheurs était un principe fondamental reconnu par les lois de la République »¹⁶ ? Telle était la question soulevée par Véronique Champeil-Desplats quelque temps avant que la loi ne soit adoptée.

- Partagées en onze contributions distinctes, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020810dc/2020810dc_contributions.pdf).
- Loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur, *Journal officiel de la République française*, n° 0312, 26 décembre 2020, texte n° 6.
- Expression de G. Vedel, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1 ; cité notamment par G. Drago, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 84, 2010 : « De la "porte étroite" à la porte ouverte » (p. 751).
- S. Pugeault, « Conseil d'État : un peu de lumière sur les "portes étroites"... », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2018, p. 2097.
- Communiqué de presse du 24 mai 2019 sur les contributions extérieures, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquer/le-conseil-constitutionnel-rendra-desormais-publiques-les-contributions-exterieures-qu-il-recoit>.
- D. de Béchillon, « Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel », *Le club des juristes*, 23 février 2017, p. 14.
- R. Maurel, « Validation globale de la LPR par le Conseil constitutionnel : une réserve, deux cavaliers, trois regrets », *Droit administratif*, n° 4, 2021, p. 27.
- CC, déc. n° 2020-810 DC du 21 décembre 2020, *Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*.
- Contribution extérieure auprès du Conseil constitutionnel, déposée par M. Altwegg-Boussac, V. Champeil-Desplats, A. Corre-Basset, S. Hennette-Vauchez, P. Rrapi, N. Wagener et L. Zevounou, 2020-810 DC, reçue au greffe le 27 novembre 2020, p. 8-10.
- Contribution extérieure auprès du Conseil constitutionnel, déposée par F. Melleray, 2020-810 DC, reçue au greffe le 27 novembre 2020, p. 1.
- V. Champeil-Desplats, « Et si l'exigence de qualification nationale pour accéder aux corps des enseignants-chercheurs était un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? », *La revue des droits de l'homme*, novembre 2020, p. 2, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/10618>.
- CC, déc. n° 2020-810 DC, § 36 et 37.
- CC, déc. n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, § 5 ; CC, déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, § 8 ; voir sur ce point la contribution extérieure déposée par le Collectif Unité du droit, 2020-810 DC, reçue au greffe le 30 novembre 2020, p. 97-98.
- CC, déc. n° 2020-810 DC, § 13-16.
- V. Champeil-Desplats, « Et si l'exigence... », p. 1.

C'est presque sous forme d'affirmation qu'elle sera reprise, tant dans les saisines des députés et sénateurs, que dans plusieurs des contributions extérieures.

La saisine sénatoriale demande ainsi la reconnaissance d'un PFRLR d'exigence d'une « évaluation nationale des mérites des candidats à un poste d'enseignant-chercheur »¹⁷; principe auquel les articles 4 et 5 de la loi porteraient atteinte¹⁸. Il en est de même du côté de l'Assemblée nationale¹⁹. Création universitaire, l'argument, repris par les représentants, va réatterrir dans les mains de la doctrine juridique publiciste *via* les contributions extérieures. Celle-ci va entendre démontrer que les dispositifs mis en place par les articles 4 et 5 « marquent une très nette rupture avec une tradition législative républicaine fermement établie »²⁰. Doit en effet être consacré un PFRLR, « qui exige une procédure de qualification nationale par une institution indépendante pour accéder aux corps d'enseignants-chercheurs »²¹.

Rappelons, avec les contributeurs²², que, pour reconnaître un PFRLR, le Conseil exige que le principe soit énoncé dans un texte législatif adopté sous un régime républicain antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946, de manière absolue et continue, et concerner les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics²³. Les contributeurs extérieurs vont alors, dans la lignée de l'article de Véronique Champeil-Desplats²⁴, mobiliser les travaux de l'historienne Emmanuelle Picard²⁵. Selon eux, l'exigence de qualification nationale par le Conseil national des universités (CNU) s'avère être consacrée par l'ordonnance du 2 novembre 1945²⁶, texte législatif antérieur à la IV^e République. De même, il existerait une tradition républicaine, ininterrompue, exception faite de Vichy, liée à l'« exigence de qualification centralisée et impartiale »²⁷, celle-ci concernant l'organisation de la République et les libertés fondamentales²⁸.

La précision des développements des saisines – au moins du côté sénatorial – et contributions extérieures

tranche avec la concision du Conseil. Le gouvernement avait, au moins, de son côté, pris le temps de soulever trois motifs d'exclusion du PFRLR. Ils étaient liés à l'absence respectivement de continuité et d'énonciation dans un degré de généralité suffisant et faute pour ce principe d'avoir trait à la souveraineté nationale, à l'organisation des pouvoirs publics ou de faire partie des droits et libertés fondamentaux²⁹. Rue de Montpensier, la question de l'existence du PFRLR est réglée en un paragraphe, dépourvu de toute motivation³⁰:

Si la règle selon laquelle les mérites des candidats à un poste de professeur ou de maître de conférences doivent être évalués par une instance nationale constitue une garantie légale possible du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs, elle ne peut en elle-même être regardée comme figurant au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...] ³¹.

S'il n'est pas impensable de rejoindre les observations du gouvernement et de considérer qu'« aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République d'évaluation nationale des mérites scientifiques des candidats à un poste de professeur des universités ne saurait être reconnu »³², il ne semble pas excessif de considérer que l'argument méritait discussion...

Faute d'un PFRLR d'exigence de qualification nationale, c'est au PFRLR d'indépendance des enseignants-chercheurs et au principe d'égal accès aux emplois publics que la loi sera confrontée.

B. Le rejet, sous une (très) légère réserve, de la violation des principes d'indépendance et d'égal accès aux emplois publics

La violation des principes d'indépendance des enseignants-chercheurs et d'égal accès aux emplois publics était invoquée

17. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 3.

18. Saisine des soixante sénateurs, 25 novembre 2020, reçue au greffe le 27 novembre 2020, p. 16-20 et p. 25-26.

19. Saisine des soixante députés, 30 novembre 2020, reçue au greffe le 30 novembre 2020, p. 7-9.

20. Contribution extérieure de F. Melleray, p. 3.

21. Contribution extérieure de M. Altwegg-Boussac *et al.*, p. 4.

22. Contribution extérieure auprès du Conseil constitutionnel, déposée par C. Benelbaz, C. Cerda-Guzman, B.-L. Combrade, S. Douteaud, M. Heitzmann-Patin, M. Lacaze, T. Mulier, G. Navarro-Ugé, J. Padovani, L. Sponchiado et M. Touzeil-Divina, 2020-810 DC, reçue au greffe le 30 novembre 2020, p. 14-16.

23. CC, déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, § 11 et 12; CC, déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, § 21.

24. V. Champeil-Desplats, « Et si l'exigence... », p. 1; se référant au travail d'E. Picard, « Les enseignants-chercheurs: une évaluation centralisée (1873-1992). Du comité consultatif de l'enseignement supérieur (CNU) (1873-1992) », *Spirale. Revue de recherches en éducation*, n° 49, 2012, p. 69.

25. Contribution extérieure auprès du Conseil constitutionnel, déposée par E. Aubin, O. Beaud, E. Castellarin, N. Chiffot, N. Gabayet, A.-L. Girard, T. Guilluy, C. Guérin-Bargues, O. Jouanjan, F. Martucci, N. Perlo et C. Roynier, 2020-810 DC, reçue au greffe le 30 novembre 2020, p. 24; contribution extérieure de M. Altwegg-Boussac *et al.*, p. 25; contribution extérieure de F. Melleray, p. 4-6; contribution extérieure de C. Benelbaz *et al.*, p. 16.

26. Ordonnance n° 45-2631 du 2 novembre 1945, Comité consultatif des universités, *Journal officiel de la République française*, 3 novembre 1945.

27. Contribution extérieure de C. Benelbaz *et al.*, p. 15-16.

28. *Ibid.*, p. 16.

29. Observations du gouvernement sur la loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur, 2020-810 DC, reçues au greffe le 11 décembre 2020, p. 5, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020810dc/2020810dc_obs.pdf.

30. R. Maurel, « Validation globale... », p. 29.

31. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 8.

32. Observations du gouvernement..., p. 4.

tant à l'égard du dispositif de chaire de professeur junior que de la suppression de l'exigence de qualification nationale.

C'est finalement la situation de dépendance dans laquelle le candidat recruté est placé qui est contestée. L'accent a d'ailleurs pu être mis dans l'une des contributions extérieures sur les « conditions structurelles de vulnérabilité » des bénéficiaires des chaires de professeur junior³³. S'agissant de cette chaire, était d'abord contestée la possibilité, pour le chef d'établissement, de ne pas suivre l'avis de la commission de titularisation³⁴. Les députés invoquaient ensuite la méconnaissance, par le législateur, de sa propre compétence, car il renvoie à un décret le soin de fixer les conditions de nomination des membres des commissions de recrutement et de titularisation. Ce faisant, il n'aurait pas prévu de garanties de nature à assurer l'indépendance des commissions, plaçant alors le candidat recruté sous dépendance du chef d'établissement³⁵. Le législateur aurait enfin privé de garanties légales le principe d'égal accès aux emplois publics, faute de toute évaluation des qualités du candidat conduite par une instance nationale³⁶. Concernant la suppression de la qualification nationale, les sénateurs avançaient l'altération de l'indépendance des professeurs et des maîtres de conférences, vis-à-vis de ceux qui les ont recrutés³⁷. Celle-ci aurait pour conséquence la méconnaissance du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et du principe d'égal accès aux emplois publics.

La garantie de l'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un PFRLR³⁸. Il « implique notamment que les professeurs des universités et les maîtres de conférences soient associés au choix de leurs pairs »³⁹. L'égal accès aux emplois publics découle quant à lui de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil rappelle que, s'il impose que, « dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents »⁴⁰, il ne fait pas obstacle :

[...] à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public⁴¹.

Ces précisions faites, le Conseil s'attarde peu sur des raisonnements juridiques. S'agissant des chaires de

professeur junior, il se contente de rappeler la condition de diplôme et les diverses phases des procédures de recrutement et de titularisation pour considérer qu'elles « garantissent une évaluation objective des mérites des candidatures à un poste de professeur, à laquelle les pairs sont associés »⁴² et que le législateur n'a donc pas méconnu sa compétence. Il en est de même s'agissant de la suppression de la qualification nationale. Le juge se limite à l'exposé des procédures mises en place pour affirmer, sans plus de motivation, qu'elles « garantissent que leurs pairs soient associés au recrutement des candidats à ces postes et que ces recrutements soient fondés sur l'appréciation des mérites des différents candidats »⁴³.

Tout au plus concède-t-il, pour les deux dispositifs, une réserve d'interprétation fondée sur le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs :

Toutefois, le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs s'oppose à ce que le chef d'établissement puisse refuser, pour des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, des motifs liés à la qualification scientifique de l'intéressé, de proposer à la titularisation un candidat ayant reçu un avis favorable de la commission de titularisation⁴⁴.

Il s'agit là de la confirmation d'une réserve émise en 2010 à propos du « pouvoir de veto » du président de l'université en matière de recrutement⁴⁵. Comme le souligne Raphaël Maurel, elle renvoie à « des notions suffisamment larges et indéfinies pour permettre une marge d'appréciation virtuellement illimitée audit chef d'établissement »⁴⁶. Au moins peut-on saluer une précision apportée s'agissant des chaires de professeur junior. Est en effet affirmée par le Conseil, l'impossibilité pour le chef d'établissement de titulariser un candidat ayant fait l'objet d'un avis défavorable de la commission⁴⁷.

Tout comme le débat parlementaire a pu sembler insuffisant, la motivation des juges du Conseil est loin d'être développée. La décision s'avère donc dans l'ensemble décevante, au point qu'elle a pu faire dire que : « Sans surprise, le Conseil constitutionnel a “fait” relativement peu de droit, éludant plusieurs questions majeures et gratifiant certains de ses choix d'un saupoudrage motivationnel peu convaincant »⁴⁸.

33. Contribution extérieure de M. Altwegg-Boussac *et al.*, p. 29.

34. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 3.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*, § 4.

37. *Ibid.*, § 18.

38. CC, déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, § 20; CC, déc. n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, § 7; CC, déc. n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *Jean C. et autres [Loi Université]*, § 6.

39. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 6.

40. *Ibid.*, § 5; CC, déc. n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, § 5.

41. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 5; CC, déc. n° 82-153 DC, § 5.

42. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 9 et 10.

43. *Ibid.*, § 23.

44. *Ibid.*, § 11; réaffirmée § 21 s'agissant de l'article 5.

45. CC, déc. n° 2010-20/21 QPC, § 16.

46. R. Maurel, « Validation globale... », p. 29.

47. CC, déc. n° 2020-810 DC, § 11 *in fine*.

48. R. Maurel, « Validation globale... », p. 27.

II. La consécration de la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs : une victoire en demi-teinte du côté des étudiants

Dans sa décision du 3 avril 2020⁴⁹, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs en le rattachant à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel « La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Dans les faits, l'association étudiante à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité contestait la conformité à la Constitution des dispositions du dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 du Code de l'éducation qui régit la communicabilité des algorithmes utilisés par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des dossiers des candidats au moment de la procédure de préinscription aux formations de premier cycle.

Depuis la rentrée 2018, les bacheliers doivent en effet effectuer leurs demandes d'inscription sur la plateforme Parcoursup, qui a succédé à la très controversée plateforme Admission Post-Bac (APB). Instauré par la loi relative à l'orientation et à la réussite des étudiants⁵⁰, ce dispositif permet aux futurs étudiants de formuler des vœux d'inscription auxquels les établissements d'enseignement supérieur répondront par des propositions d'admission. Afin de ne pas renouveler les manquements du dispositif précédent qui avait été principalement critiqué pour son opacité, le législateur a prévu que les candidats auraient accès sur la plateforme aux caractéristiques de chacune des formations proposées⁵¹ à savoir, entre autres, les modalités d'organisation de la formation, le contenu de la formation et les modalités de sa mise en œuvre, les différentes possibilités de poursuite d'études ou encore les débouchés professionnels⁵². Les articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) prévoient un certain nombre de garanties concernant la diffusion systématique des caractéristiques des traitements algorithmiques utilisés par l'administration, constituant ainsi un « régime général » de communicabilité des algorithmes⁵³. Toutefois, par dérogation à ces règles, l'article L. 612-3, I, al. 5 du Code des relations entre le

public et l'administration prévoit que ces garanties sont considérées comme 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 prise⁵⁴.

L'association requérante considérait que ces dispositions étaient contraires au droit d'accès aux documents administratifs. En décidant que l'accès aux documents administratifs était un droit garanti par la Constitution, le Conseil constitutionnel renforce les garanties entourant l'objectif de transparence administrative (A). Cependant, sa décision illustre une fois encore les difficultés inhérentes à la conciliation entre l'objectif d'assurer une plus grande transparence de l'action administrative et l'utilisation de traitements algorithmiques (B).

A. Le renforcement de l'effectivité d'un principe de transparence de l'action administrative

En premier lieu, il est nécessaire de rappeler qu'aucun texte ne proclame l'existence d'un principe général de transparence de l'action administrative. Il n'a jamais non plus été consacré par le juge, que ce soit par le Conseil constitutionnel⁵⁵, ou par le Conseil d'État à travers l'identification d'un principe général du droit⁵⁶. On notera toutefois que le Conseil constitutionnel a parfois reconnu l'existence d'un principe de transparence dans certains domaines spécifiques, comme en matière de procédure de passation des marchés publics⁵⁷.

En l'occurrence, la trop grande hétérogénéité⁵⁸ de la transparence administrative est un frein à la reconnaissance d'un principe général et constitue plutôt un objectif, une finalité, voire un « combat »⁵⁹ qui s'organise autour d'une pluralité de textes reconnaissant de nouveaux droits aux administrés. Sous cet angle, la transparence administrative est assurée de manière plus efficace en tant qu'objectif et non en tant que principe dont le contenu est précisément défini, permettant au législateur d'adapter les modalités dans lesquelles s'organise la transparence en

49. CC, déc. n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France [Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle]*.

50. Loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants, *Journal officiel de la République française*, n° 0057, 9 mars 2018, texte n° 1.

51. Code de l'éducation, art. L. 612-3, I, al. 2.

52. Code de l'éducation, art. D. 612-1-5.

53. Voir *infra*, II.B.

54. CRPA, art. L. 612-3, I, al. 5.

55. CC, déc. n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.

56. CE, 23 février 2005, *Association coordination nationale Natura 2000*, n° 241796.

57. CC, déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

58. F. Grabias, « La transparence administrative, un nouveau principe ? », *La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales*, n° 50, 17 décembre 2018, p. 4.

59. G. Braibant, préface à B. Lasserre, N. Lenoir, B. Stirn, *La transparence administrative*, Paris, Presses universitaires de France, 1987 ; cité par F. Grabias, « La transparence administrative... », p. 1.

fonction des caractéristiques et des possibilités offertes par l'époque. En conséquence, la transparence administrative telle qu'elle a été pensée initialement est incomparable avec celle qui est prévue aujourd'hui⁶⁰. En effet, « en 1978 l'idée est de communiquer »⁶¹, alors qu'aujourd'hui « l'objectif est de diffuser »⁶². Ce changement de paradigme implique évidemment des adaptations régulières.

Ce « droit de regard » sur les agissements de l'administration a été élaboré dès la fin des années 1970, en réaction à l'affaire SAFARI, du nom donné au projet de créer une base de données centralisée de la population, abandonné suite aux révélations parues dans la presse⁶³, afin de restaurer le lien de confiance entre l'administration et les administrés. Le droit de regard recouvre différents droits, dont le droit d'accès aux documents administratifs⁶⁴, le droit d'accès aux informations concernant les administrés⁶⁵, le droit de connaître les éléments de motivation des décisions individuelles défavorables prises à leur rencontre⁶⁶ ou, plus récemment, un certain droit à l'information⁶⁷.

En reconnaissant la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs, le Conseil constitutionnel élargit ainsi la panoplie des diverses garanties qui organisent la transparence administrative et renforce les garanties juridiques permettant d'en assurer l'effectivité. En jugeant que :

Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Est garanti, par cette disposition, le droit d'accès aux documents administratifs. Il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi⁶⁸

le juge constitutionnel inscrit sa décision dans la lignée directe de la décision n° 2017-655 aux termes de laquelle il avait également rattaché, en des termes similaires, le droit d'accès aux archives publiques à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁹.

Une fois ce droit reconnu, le juge constitutionnel doit résoudre une nouvelle question : comment assurer

l'effectivité du droit nouvellement garanti avec l'utilisation de traitements algorithmiques par les administrations ?

B. Une conformité sous réserve : la question de l'application de la transparence aux traitements algorithmiques utilisés par les administrations

Parmi les dispositions relatives au régime d'accès aux documents administratifs, le Code des relations entre le public et l'administration inclut également un régime spécifique concernant les décisions prises sur la base d'un traitement algorithmique. Ce dispositif prévoit notamment que :

Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande⁷⁰

et qu'en parallèle les autorités doivent procéder à la publication en ligne,

Sous réserve des secrets protégés en application du 2° de l'article L. 311-5 [...] [d]es règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles⁷¹.

À l'inverse, les dispositions contestées du Code de l'éducation prévoient que ces exigences sont réputées satisfaites dès lors que les seuls candidats sont simplement informés de la possibilité de demander la communication des documents administratifs relatifs aux traitements algorithmiques utilisés pour examiner leur candidature⁷². En outre, cette demande ne peut concerner que les critères et modalités d'examen des candidatures⁷³. Selon la lecture que le Conseil d'État fait de ces dispositions, il faut également en déduire que les candidats n'ont pas à être

60. F. Grabias, « La transparence administrative... », p. 1.

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*

63. W. Gilles, « Le processus des gouvernements ouverts en France : genèse d'un mouvement récent porté par des fondements plus anciens », *International Journal of Open Governments / Revue internationale des gouvernements ouverts*, vol. 5, 2017, p. 73, en ligne : <https://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/201/332>.

64. Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *Journal officiel de la République française*, 18 juillet 1978.

65. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Journal officiel de la République française*, 7 janvier 1978.

66. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *Journal officiel de la République française*, 12 juillet 1979.

67. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *Journal officiel de la République française*, n° 0235, 8 octobre 2016, texte n° 1.

68. CC, déc. n° 2020-834 QPC, § 8.

69. CC, déc. n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement], § 4.

70. CRPA, art. L. 311-3-1, al. 1.

71. CRPA, art. L. 312-1-3.

72. CE, 12 juin 2019, *UNEF*, n° 427916, cons. 8.

73. *Ibid.*

prévenus en amont de l'utilisation de procédés algorithmiques et que les tiers ne peuvent obtenir communication de ces informations⁷⁴.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel considère que les limites apportées par l'article L. 612-3 du Code de l'éducation ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux documents administratifs car, en fixant ces règles, le législateur a entendu poursuivre un objectif d'intérêt général de protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques⁷⁵, sans pour autant priver totalement les candidats de la possibilité d'obtenir des informations concernant l'étude de leur candidature⁷⁶. En outre, il rappelle également que l'utilisation de traitements algorithmiques n'est qu'une faculté offerte aux établissements qui, le cas échéant, ne peut être le fondement exclusif d'une décision⁷⁷ et que la procédure nationale de préinscription permet aux candidats d'avoir accès aux informations concernant les connaissances et compétences attendues pour chaque formation⁷⁸.

La conformité de ces dispositions à la Constitution est toutefois assortie d'une réserve selon laquelle :

[...] les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître le droit d'accès aux documents administratifs, être interprétées comme dispensant chaque établissement de

publier, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et dans le respect de la vie privée des candidats, le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen⁷⁹.

Cette décision du Conseil constitutionnel illustre d'une manière particulièrement significative les enjeux liés à la transparence des algorithmes. Alors que le juge constitutionnel a franchi un pas important vers la réalisation de la transparence administrative en élevant au rang constitutionnel un droit pivot de la relation administration / administré, l'utilisation de plus en plus régulière de traitements algorithmiques permet de justifier un nombre toujours plus important de dérogations à ces mêmes droits. Il faut cependant reconnaître que l'accès aux caractéristiques des traitements algorithmiques ne résout pas la difficulté de la compréhension de leur fonctionnement. La transparence implique non seulement l'accès aux informations, mais aussi la lisibilité de ces informations⁸⁰. Plusieurs institutions et auteurs de doctrine s'accordent pour abandonner l'idée de poursuivre la chimère de la transparence des algorithmes, impossible à concrétiser, et lui préférer l'élaboration d'un principe de loyauté⁸¹.

74. *Ibid.* Voir également T. Douville, « Parcoursup : transparence des algorithmes locaux limitée à raison pour le Conseil constitutionnel », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 516.

75. CC, déc. n° 2020-834, § 13.

76. *Ibid.*, § 16.

77. *Ibid.*, § 14.

78. *Ibid.*, § 15. Le Conseil constitutionnel précise également que ces informations ne sont pas soumises au secret et peuvent donc être communiquées à tout tiers qui en ferait la demande.

79. *Ibid.*, § 17.

80. F. Grabias, « La transparence administrative... », p. 2.

81. Voir, par exemple, Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation»*, Paris, La documentation française (Les rapports du Conseil d'État), 2017, p. 115 *sq.*; Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017; P. Besse, C. Castets-Renard, A. Garivier, « Loyauté des décisions algorithmiques », contribution au débat initié par la CNIL « Éthique et numérique », 2017; D. Cardon, « Le pouvoir des algorithmes », *Pouvoirs*, n° 164, p. 63-73; J. Grimmelmann, « Speech Engines », *Minnesota Law Review*, vol. 98, n° 3, 2014, p. 868-952; H. Pauliat, « La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer », *Revue du droit public*, 2018, p. 641.