

NE_GERICHTE CDP.2017.59 vom 23. Mai 2017

NE Tribunal cantonal, 2017-05-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2017.59

FR: NE_GERICHTE CDP.2017.59 du 23 mai 2017

IT: NE_GERICHTE CDP.2017.59 del 23 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

a) Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable. b) La recourante se plaint en des termes très généraux de l'inopportunité de la décision. En matière de formation professionnelle toutefois, aucune loi spécifique n'étend le pouvoir d'examen de la Cour de céans à l'opportunité de la décision (art. 33 let. d LPJA), de sorte que cet argument n'est pas recevable.

E. 2

a) Selon une jurisprudence constante, les autorités de recours appelées à statuer en matière d'examens observent une certaine retenue (" gewisse Zurückhaltung "), voire une retenue particulière ("besondere Zurückhaltung "), en ce sens qu'elles ne s'écartent pas sans nécessité des avis des experts et des examinateurs sur des questions qui, de par leur nature, ne sont guère ou que difficilement contrôlables (ATF 136 I 229 cons. 5.4.1; ATAF 2010/21 cons. 5.1, 2008/14 cons. 3.1, 2007/6 cons. 3). Néanmoins, la retenue dans le pouvoir d'examen n'est admissible qu'à l'égard de l'évaluation proprement dite des prestations. Dans la mesure où le recourant conteste l'interprétation et l'application de prescriptions légales ou s'il se plaint de vices de procédure, l'autorité de recours doit examiner les griefs soulevés avec pleine cognition, sous peine de déni de justice formel. Selon le Tribunal fédéral, les questions de procédure se rapportent à tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés (ATF 136 I 229 cons. 5.4.1; arrêt du TAF du 18.02.2010 [2010/11] cons. 4.2, du 14.04.2008 précité cons. 3.3 et les références citées). La Cour de droit public peut donc revoir avec un plein pouvoir d'examen si le jury était composé régulièrement, si un membre du collège d'examen se trouvait dans un état personnel faisant douter de son aptitude à faire passer les épreuves ou si des éléments techniques ont entravé le bon déroulement de l'examen, par exemple. Un vice de procédure ne constitue cependant un motif de recours justifiant l'admission de celui-ci et l'annulation ou la réforme de la décision attaquée, que s'il existe des indices que ce vice ait pu exercer une influence défavorable sur les résultats de l'examen. Un vice purement objectif ne saurait, faute d'intérêt digne de protection de celui qui s'en prévaut, constituer un motif de recours sauf s'il s'avère particulièrement grave. Du fait qu'en matière d'examens, l'autorité de recours n'a pas la compétence de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de la commission d'examen, l'admission d'un vice formel ne pourrait conduire tout au plus qu'à autoriser le recourant à repasser les épreuves en question (arrêts du TAF des 27.05.2014 [B-5599/2013] cons. 3 et du 10.12.2012 [B-1599/2012] cons. 6 et les références citées). b) En l'espèce, la recourante ne peut naturellement pas, vu son exclusion, remettre en cause l'évaluation de l'examen concerné. De plus, elle ne conteste pas avoir eu connaissance des directives et instructions d'examen et admet tant s'être munie lors de l'épreuve concernée d'un ouvrage non autorisé que de la présence à l'intérieur dudit ouvrage de plusieurs notes manuscrites

proscrites. L'ensemble de ses griefs étant de nature formelle, ils doivent être examinés avec un plein pouvoir d'examen, conformément à la jurisprudence précitée.

E. 3

a) Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue en ceci qu'elle n'a pas été auditionnée avant que la décision d'exclusion lui soit notifiée oralement le 7 puis par écrit le 8 juin 2016. b) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'article 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 cons. 2.2; 127 III 576 cons. 2c). D'une manière générale, plus la décision envisagée est de nature à porter gravement atteinte aux intérêts du justiciable, plus le droit d'être entendu de ce dernier doit être accordé et reconnu largement (ATF 105 Ia 193 cons. 2b/cc). Il faut en outre tenir compte des garanties que la procédure offre globalement à l'intéressé pour sa défense; en particulier, on se montrera généralement moins exigeant avec le strict respect du droit d'être entendu si la possibilité existe de porter la contestation devant une autorité de recours disposant d'un libre pouvoir d'examen (ATF 123 I 63 cons. 2d; 111 Ia 273 cons. 2b; arrêt du TF du 29.07.2003 [2P.63/2003] du cons. 3.2), pour autant que l'atteinte ne soit pas particulièrement grave (ATF 126 I 68 cons. 2). Ainsi, selon la nature de l'affaire, le contenu et l'étendue du droit d'être entendu peuvent varier. Il n'implique en général pas le droit de s'exprimer oralement (ATF 125 I 209 cons. 9b et les références). En matière d'examens, le droit d'être entendu ne suppose toutefois pas qu'un candidat puisse s'exprimer sur ses prestations avant une décision négative au sujet de cet examen (TF [2D_77/2009] cons. 2.2; ATF 113 Ia 286 cons. 2b; cf. aussi ATAF du 28.10.2015 [B-644/2014] cons. 4.3.1.3.1). Le droit de consulter le dossier ne peut donc servir au candidat qu'à comprendre le jugement porté sur son travail ou à motiver un recours formé contre cette décision (ATF 121 I 225 cons. 2b). Un candidat n'a donc pas à être invité à s'exprimer encore avant que soit prononcé un échec motivé par une fraude de sa part, la procédure de recours lui offrant cas échéant la possibilité de présenter ses arguments (ATAF B-229/2010 du 29.07.2010, particulièrement cons. 4 et 4.2). c) En l'espèce, il ressort des observations du service que la recourante a été entendue par deux membres du bureau des examens avant que soit prononcée son exclusion. Ce n'est quoi qu'il en soit pas déterminant eu égard à la jurisprudence précédemment exposée, puisqu'elle a ensuite pu faire valoir utilement tous ses arguments – tant quant à la forme qu'au fond – par écrit et devant deux instances revêtant le même pouvoir d'appréciation quant à l'objet du litige. Ayant pu pleinement faire valoir ses droits, la recourante ne saurait tirer aucun argument de son droit de consulter le dossier au sens de l'article 18 du règlement d'application de la loi sur la formation professionnelle du 16 août 2006 (RALFP). Il s'ensuit que c'est à juste titre que le département a constaté que le droit d'être entendue de la recourante n'avait pas été violé. Le recours est mal fondé sur ce point.

E. 4

a) Dans un deuxième grief, la recourante se plaint d'une violation du droit en ceci qu'elle soutient ne jamais avoir eu l'intention de tricher et conteste ainsi avoir eu un comportement constitutif d'un manquement grave. b) Au sens de l'article 16 du règlement d'application de la loi sur la formation professionnelle du 16 août 2006 (RALFP), en cas d'absence

injustifiée, d'indiscipline ou de manquement grave durant l'examen (tel que fraude ou tentative de fraude), les candidats sont exclus de la procédure de qualification. Le renvoi est considéré comme échec. Les candidats ne peuvent se prévaloir d'aucun acquis. c) Cette disposition prévoit une sanction unique tant en cas de fraude – soit un acte accompli de tricherie – qu'en cas de tentative de fraude – à savoir le commencement de l'exécution de la tricherie qui n'a manqué son effet que par des circonstances extérieures à la volonté de la candidate –, tous les deux constituant un manquement grave. En l'espèce, force est de constater que c'est en vain que la recourante soutient avoir agi par négligence. La Cour de céans relève d'ailleurs que la comparaison effectuée avec le droit pénal n'est pas pertinente dès lors que, dans cette matière, le dol est précisément une gradation de l'intention. La recourante savait qu'elle serait contrôlée et ne conteste pas que les consignes d'examen lui aient été répétées plusieurs fois. Elle ne pouvait donc ignorer, comme tout étudiant d'ailleurs, les conséquences d'une fraude ou d'une tentative de fraude à un examen. Elle admet également avoir pris un ouvrage non autorisé à l'examen concerné et n'a jamais contesté que des feuillets volants manuscrits s'y trouvaient à l'intérieur. Par conséquent, elle s'est incontestablement rendue coupable d'à tout le moins une tentative de fraude par ces seuls faits. Ses explications pour s'en exonérer ne sont au demeurant pas convaincantes. Le dossier enseigne en effet que la convocation à la session de 2016, contenant les moyens auxiliaires autorisés pour chaque examen ainsi que les conséquences d'un manquement grave (avec indication de la fraude et de la tentative de fraude), est datée du 13 mai 2016 et la recourante avait le temps nécessaire pour se renseigner en cas de doute et ce y compris juste avant l'examen. Quoi qu'il en soit, la Cour de céans procède d'une certaine retenue quant à ses déclarations dès lors qu'elle a expressément indiqué dans son recours au service du 22 juin 2016 qu'il y avait plusieurs feuillets manuscrits dans son livre et que ce n'est qu'au stade du recours devant la Cour de céans qu'elle a finalement soutenu qu'il n'en figurait qu'un, qui ne serait malencontreusement pas tombé du livre – au demeurant non autorisé – après qu'elle l'ait secoué pour vérification. Or l'ouvrage en question, traitant des institutions politiques suisses, est versé au dossier et comporte pas moins de trois feuilles manuscrites, portant sur des repères quant aux versions officielles des lois autorisées durant l'examen. Le fait qu'elle ait pu terminer son examen n'est pas non plus déterminant. D'une part, il n'appartient pas au surveillant de prononcer l'exclusion et, d'autre part, les explications du service selon lesquelles aucune exclusion n'est effectuée durant l'épreuve afin de ne pas perturber les autres candidats par souci d'égalité de traitement est pertinente. Ce qui précède mène la Cour de céans à considérer que la recourante s'est, à tout le moins, rendue coupable d'une tentative de fraude, constitutive d'un manquement grave au sens du règlement. Le prononcé du DEF ne prête ainsi pas flanc à la critique et le recours est mal fondé sur ce point.

E. 5

minutes après le début de l'examen". Ces variations mènent à privilégier les explications du service qui soutient qu'aucun candidat n'a été contrôlé avant le début de l'examen afin qu'ils soient tous traités de la même manière. Les circonstances dans lesquelles s'est déroulé le contrôle de la documentation ne s'avèrent dès lors ni spécifiques à l'égard de la recourante par rapport aux autres étudiants, ni inhabituelles pour un examen écrit auquel participe un nombre important de candidats. Le grief est mal fondé.

E. 6

a) La requérante se plaint encore d'une violation du principe de la proportionnalité en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation ([CDP.2014.317] du 02.04.2017) dans lequel une fraude à un examen n'avait pas entraîné l'exclusion d'une candidate mais uniquement le retrait du moyen auxiliaire non autorisé. b) Consacré à l'article 5 al. 2 Cst., le principe de la proportionnalité commande que la mesure étatique soit nécessaire et apte à atteindre le but prévu et qu'elle soit raisonnable pour la personne concernée (ATF 140 I 257 cons. 6.3.1; 140 II 194 cons. 5.8.2). Néanmoins, l'argument de la requérante relève en réalité du principe de la légalité de l'activité administrative, lequel prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement, exposé précédemment (cons. 5b). En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49 cons. 7.1 p. 61 et les références; arrêt du TF du 17.06.2014 [8C_605/2013] cons. 3.3; ATF 136 I 65 cons. 5.6 p. 8). L'existence dans d'autres cantons d'une pratique contraire à la loi ne permet pas d'invoquer le principe de l'égalité dans l'illégalité (ATF 134 V 34 cons. 9 p. 44 et les références citées). c) En l'occurrence, la requérante se méprend sur la portée de l'arrêt qu'elle invoque. D'une part, dans cette affaire, ni l'autorité en charge de l'examen ni les dispositions applicables n'étaient les mêmes qu'en l'espèce et, d'autre part, l'état de fait fondant cette décision montrait que la sanction retenue n'était pas celle prescrite par la réglementation topique, laquelle était précisément similaire à celle applicable à la requérante, à savoir l'exclusion de la session complète d'examen. La requérante ne saurait ainsi en déduire un droit à être traitée de la même manière, les conditions d'un droit à l'égalité dans l'illégalité n'étant manifestement pas remplies. Cela étant, l'article 16 RALFP ne prévoit aucune gradation de mesures mais uniquement l'exclusion du candidat. Le but prévu par cette disposition est de prévenir et d'éviter les cas de fraude à l'examen, afin de maintenir une égalité entre les candidats. La sanction prévue par le règlement est apte à atteindre ce but et on ne voit pas qu'une mesure moins incisive aboutirait au même résultat. La mesure querellée permet ainsi de responsabiliser le candidat, qui assume seul les conséquences d'un cas de tricherie (cf. arrêt du TF du 28.04.2016 [2C_1013/2015]). Encore une fois, en cas de doute, le candidat peut toujours s'adresser, avant l'examen, à un responsable ou un surveillant afin de s'assurer de la validité de ses annotations et du caractère licite des moyens auxiliaires qu'il entend utiliser. Les conséquences de l'exclusion de la requérante ne peuvent en outre pas être qualifiées de graves dès lors qu'elle n'a pas été éliminée définitivement de son cursus de formation professionnelle. Le recours est mal fondé sur ce point.

E. 7

Il suit des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision du 1^{er} février 2017 du département confirmée. Vu l'issue du litige, les frais doivent être mis à la charge de la requérante (art. 47 al. 1 LPJA) et il n'y a pas lieu à allocation de dépens (art. 48 al. 1 a contrario LPJA). Le présent jugement rend la requête d'effet suspensif sans objet.

E. 16

du règlement d'application de la loi sur la formation professionnelle du 16 août 2006 (RALFP), en cas d'absence injustifiée, d'indiscipline ou de manquement grave durant l'examen (tel que fraude ou tentative de fraude), les candidats sont exclus de la procédure de qualification. Le renvoi est considéré comme échec. Les candidats ne peuvent se prévaloir d'aucun acquis.

c) Cette disposition prévoit une sanction unique tant en cas de fraude soit un acte accompli de tricherie qu'en cas de tentative de fraude à savoir le commencement de l'exécution de la tricherie qui n'a manqué son effet que par des circonstances extérieures à la volonté de la candidate, tous les deux constituant un manquement grave. En l'espèce, force est de constater que c'est en vain que la recourante soutient avoir agi par négligence. La Cour de céans relève d'ailleurs que la comparaison effectuée avec le droit pénal n'est pas pertinente dès lors que, dans cette matière, le dol est précisément une gradation de l'intention.

La recourante savait qu'elle serait contrôlée et ne conteste pas que les consignes d'examen lui aient été répétées plusieurs fois. Elle ne pouvait donc ignorer, comme tout étudiant d'ailleurs, les conséquences d'une fraude ou d'une tentative de fraude à un examen. Elle admet également avoir pris un ouvrage non autorisé à l'examen concerné et n'a jamais contesté que des feuillets volants manuscrits s'y trouvaient à l'intérieur. Par conséquent, elle s'est incontestablement rendue coupable d'à tout le moins une tentative de fraude par ces seuls faits. Ses explications pour s'en exonérer ne sont au demeurant pas convaincantes. Le dossier enseigne en effet que la convocation à la session de 2016, contenant les moyens auxiliaires autorisés pour chaque examen ainsi que les conséquences d'un manquement grave (avec indication de la fraude et de la tentative de fraude), est datée du 13 mai 2016 et la recourante avait le temps nécessaire pour se renseigner en cas de doute et ce y compris juste avant l'examen. Quoi qu'il en soit, la Cour de céans procède d'une certaine retenue quant à ses déclarations dès lors qu'elle a expressément indiqué dans son recours au service du 22 juin 2016 qu'il y avait plusieurs feuillets manuscrits dans son livre et que ce n'est qu'au stade du recours devant la Cour de céans qu'elle a finalement soutenu qu'il n'en figurait qu'un, qui ne serait malencontreusement pas tombé du livre au demeurant non autorisé après qu'elle l'ait secoué pour vérification. Or l'ouvrage en question, traitant des institutions politiques suisses, est versé au dossier et comporte pas moins de trois feuilles manuscrites, portant sur des repères quant aux versions officielles des lois autorisées durant l'examen. Le fait qu'elle ait pu terminer son examen n'est pas non plus déterminant. D'une part, il n'appartient pas au surveillant de prononcer l'exclusion et, d'autre part, les explications du service selon lesquelles aucune exclusion n'est effectuée durant l'épreuve afin de ne pas perturber les autres candidats par souci d'égalité de traitement est pertinente.

Ce qui précède mène la Cour de céans à considérer que la recourante s'est, à tout le moins, rendue coupable d'une tentative de fraude, constitutive d'un manquement grave au sens du règlement. Le prononcé du DEF ne prête ainsi pas flanc à la critique et le recours est mal fondé sur ce point.

5.a) Dans un troisième grief, la recourante se plaint d'une violation du principe de l'égalité de traitement en prétendant qu'elle a été désavantagée par rapport aux autres candidats contrôlés avant le début de l'examen.

b) Une décision viole le principe de l'égalité consacré à l'article 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 136 I 297 cons. 6.1 et la référence citée; arrêt du TF du 06.07.2011 [2C_322/2011] cons. 5.1).

c) La recourante est contradictoire et confuse entre les versions de son recours du 22 juin 2016 dans lequel elle indique "ce n'est pas après le contrôle que la surveillante a découvert le livre rouge posé en évidence sur ma table de travail mais lors de son passage lorsque l'examen venait de commencer. Elle n'a pas passé avant l'examen et je n'ai pas sorti ce livre après le début de l'examen" et celles de son recours du 28 février 2017 dans lequel elle explique "elle n'avait pas encore commencé l'examen que ce livre lui avait été retiré" puis que le livre lui aurait finalement été retiré "5 minutes après le début de l'examen". Ces variations mènent à privilégier les explications du service qui soutient qu'aucun candidat n'a été contrôlé avant le début de l'examen afin qu'ils soient tous traités de la même manière. Les circonstances dans lesquelles s'est déroulé le contrôle de la documentation ne s'avèrent dès lors ni spécifiques à l'égard de la recourante par rapport aux autres étudiants, ni inhabituelles pour un examen écrit auquel participe un nombre important de candidats. Le grief est mal fondé.

6.a) La recourante se plaint encore d'une violation du principe de la proportionnalité en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de céans ([CDP.2014.317] du 02.04.2017) dans lequel une fraude à un examen n'avait pas entraîné l'exclusion d'une candidate mais uniquement le retrait du moyen auxiliaire non autorisé.

b) Consacré à l'article 5 al. 2 Cst., le principe de la proportionnalité commande que la mesure étatique soit nécessaire et apte à atteindre le but prévu et qu'elle soit raisonnable pour la personne concernée (ATF 140 I 257 cons. 6.3.1; 140 II 194 cons. 5.8.2). Néanmoins, l'argument de la recourante relève en réalité du principe de la légalité de l'activité administrative, lequel prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement, exposé précédemment (cons. 5b). En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été fausement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49 cons. 7.1 p. 61 et les références; arrêt du TF du 17.06.2014 [8C_605/2013] cons. 3.3; ATF 136 I 65 cons. 5.6 p. 8). L'existence dans d'autres cantons d'une pratique contraire à la loi ne permet pas d'invoquer le principe de l'égalité dans l'illégalité (ATF 134 V 34 cons. 9 p. 44 et les références citées).

c) En l'occurrence, la recourante se méprend sur la portée de l'arrêt qu'elle invoque. D'une part, dans cette affaire, ni l'autorité en charge de l'examen ni les dispositions applicables n'étaient les mêmes qu'en l'espèce et, d'autre part, l'état de fait fondant

cette décision montrait que la sanction retenue n'était pas celle prescrite par la réglementation topique, laquelle était précisément similaire à celle applicable à la recourante, à savoir l'exclusion de la session complète d'examen. La recourante ne saurait ainsi en déduire un droit à être traitée de la même manière, les conditions d'un droit à l'égalité dans l'illégalité n'étant manifestement pas remplies.

Cela étant, l'article 16RALFPne prévoit aucune gradation de mesures mais uniquement l'exclusion du candidat. Le but prévu par cette disposition est de prévenir et d'éviter les cas de fraude à l'examen, afin de maintenir une égalité entre les candidats. La sanction prévue par le règlement est apte à atteindre ce but et on ne voit pas qu'une mesure moins incisive aboutirait au même résultat. La mesure querellée permet ainsi de responsabiliser le candidat, qui assume seul les conséquences d'un cas de tricherie (cf. arrêt du TF du 28.04.2016 [2C_1013/2015]). Encore une fois, en cas de doute, le candidat peut toujours s'adresser, avant l'examen, à un responsable ou un surveillant afin de s'assurer de la validité de ses annotations et du caractère licite des moyens auxiliaires qu'il entend utiliser. Les conséquences de l'exclusion de la recourante ne peuvent en outre pas être qualifiées de graves dès lors qu'elle n'a pas été éliminée définitivement de son cursus de formation professionnelle. Le recours est mal fondé sur ce point.

7. Il suit des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision du 1er février 2017 du département confirmée. Vu l'issue du litige, les frais doivent être mis à la charge de la recourante (art. 47 al. 1 LPJA) et il n'y a pas lieu à allocation de dépens (art. 48 al. 1 a contrario LPJA). Le présent jugement rend la requête d'effet suspensif sans objet.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.
2. Dit que la requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif est sans objet.
3. Met à charge de la recourante un émolument de décision de 800 francs et des débours par 80 francs, montants compensés par son avance.
4. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 23 mai 2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.