

du 17 novembre 2009

Exposé de Thomas Baumeler, responsable du secteur du droit

Evaluation et justification des examens professionnels fédéraux

Aspects juridiques

1. Introduction / déroulement de la procédure de recours

Mesdames et Messieurs,

C'est en particulier dans le cadre de procédures de recours que vous êtes confrontés aux aspects juridiques liés à l'évaluation et à la justification. Je m'appuierai donc sur l'exemple de la procédure de recours afin de vous présenter les exigences à remplir pour que cette évaluation et cette justification résistent à un examen juridique.

Une procédure de recours est entamée lorsqu'un candidat dépose un recours contre une décision d'examen. Le recours, accompagné d'une demande dûment motivée, doit être déposé auprès de l'OFFT dans les 30 jours suivant la notification du résultat d'examen. Si ces conditions sont remplies et que le recourant s'est acquitté d'une avance de frais, le recours est transmis à la commission d'examen pour avis. Celle-ci ou les experts qu'elle a mandatés doivent se pencher sur les griefs invoqués. Deux conclusions sont alors possibles : soit la commission confirme l'évaluation initiale en justifiant sa réponse, soit elle donne raison au recourant et modifie le résultat de l'examen en le déclarant réussi. Dans le premier cas, l'OFFT invite le recourant à s'exprimer dans une réplique. Celui-ci a alors deux possibilités : il peut se montrer satisfait des explications de la commission et retirer son recours ou maintenir ce dernier en présentant éventuellement de nouveaux motifs. Dans ce dernier cas, l'OFFT détermine sur la base des documents remis par la commission d'examen et par le recourant s'il est possible de trancher ou si des clarifications supplémentaires sont nécessaires. Si les faits ne sont pas encore établis à satisfaction, la commission d'examen est invitée à compléter sa prise de position dans le cadre d'une duplique, qui lui laisse la même marge de manœuvre que lors de sa première prise de position. Dans le cas où elle maintient son jugement, le recourant peut s'exprimer une dernière fois dans le cadre d'une triplique. C'est au plus tard à ce moment-là que l'OFFT décide de rejeter le recours ou d'y donner suite.

2. Consultation des pièces

Comme mentionné plus haut, la procédure de recours débute par le dépôt d'un recours dûment motivé par le recourant, ce qu'il ne peut en règle générale faire que s'il est en possession des documents d'examen. Or ceux-ci ont dû être rendus au cours de l'examen afin que les experts puissent les évaluer. Pour y accéder, le recourant doit faire valoir son droit de consulter les pièces. Selon la jurisprudence, ce droit n'existe pas seulement dans le cadre d'une procédure pendante, mais aussi en dehors, dans la mesure où un intérêt digne de protection est présent. C'est par exemple le cas lorsqu'une procédure doit être introduite et qu'il s'agit d'en évaluer les chances. La commission d'examen est par conséquent tenue d'accorder le droit de consulter les pièces, en vue de l'éventuelle introduction d'une procédure de recours. Le droit de consulter les pièces englobe en principe le droit de consulter les documents significatifs pour la décision au siège de l'autorité concernée, de prendre des notes et de faire des copies¹. Pour des raisons pragmatiques, de nombreuses commissions d'examen se contentent d'envoyer, à titre onéreux, des copies des documents aux candidats et ne procèdent pas à la consultation des pièces sur place. En principe, rien ne s'oppose à ce procédé. Toutefois, si un candidat tient à consulter ses documents d'examen sur place, par exemple pour des raisons financières, il convient d'accéder à sa demande.

Le recourant est en droit de consulter les énoncés de l'examen, les solutions qu'il a données, la grille d'appréciation et l'échelle des notes. On entend par grille d'appréciation un tableau présentant, pour chaque tâche, le nombre de points atteint par le recourant ainsi que le nombre maximum de points. Ne font en revanche pas l'objet du droit de consulter les pièces les solutions types ou autres outils d'aide qui ne sont pas prévus dans le règlement et qui visent à assurer l'égalité au niveau de l'évaluation des candidats. Il s'agit notamment des pièces internes à l'administration qui n'ont pas de caractère de preuve dans le cadre du traitement du cas. Ces pièces ne constituent que des propositions de solutions non contraignantes servant exclusivement à la formation interne de l'opinion et sont donc destinées à un usage interne uniquement. Cette restriction du droit de consulter les pièces vise à éviter que le candidat ait accès à l'ensemble de la formation interne de l'opinion par la commission d'examen, au-delà de celle relative aux pièces décisives. Il en va de même pour les notes prises à la main par les experts lors des examens oraux. Ces notes ne sont pas comparables avec les procès-verbaux prévus par le règlement. Il s'agit plutôt d'un outil de

¹ JAAC 61.30, considérants 3.1 s ; art. 26 PA

réflexion des experts en vue de l'attribution des notes et de la rédaction d'une prise de position dans le cadre d'une éventuelle procédure de recours. Par conséquent, si aucune obligation formelle d'établir un procès-verbal n'existe, les notes prises par les experts sont exclues du droit de consulter les pièces².

Afin de limiter le nombre de recours à un strict minimum, les commissions d'examen devraient être généreuses en ce qui concerne le droit de consulter les pièces. En effet, les recourants font très souvent valoir l'argument selon lequel ils n'ont pas compris l'évaluation et pensent que le fait de ne pas pouvoir accéder au dossier d'évaluation dénote une volonté de dissimuler des informations. Ils n'auraient donc pas d'autre choix que d'interjeter recours s'ils souhaitent obtenir de plus amples informations sur l'évaluation. La pratique montre que la consultation des pièces sur place, avec possibilité de poser des questions aux experts présents, a fait ses preuves et permet d'éviter les recours motivés par ce type d'arguments. La publication de solutions types s'est également avérée utile. Elle permet aux candidats, d'une part, de voir ce qui leur a rapporté des points et, d'autre part, de mieux évaluer leurs chances en cas de recours. Cette mesure améliore la transparence et l'acceptation des décisions d'examen et, par conséquent, contribue à diminuer le nombre de recours.

3. Exigences en matière de justification et d'évaluation

Si un recours est néanmoins déposé, l'OFFT le transmet à la commission d'examen pour avis. Celle-ci laisse en général aux experts ou aux comités spécialisés concernés le soin de prendre position. Le recourant n'est pas lié aux griefs invoqués dans son mémoire de recours : il peut les modifier, les compléter ou même en ajouter de nouveaux dans sa réplique et dans sa triplique. La commission d'examen est tenue de réfuter tous les griefs dans sa prise de position et dans sa duplique. Les griefs peuvent concerner l'évaluation de la prestation d'examen, la procédure ou l'interprétation et l'application des prescriptions légales.

a) Evaluation de la prestation d'examen

L'OFFT s'impose une certaine retenue en ce qui concerne l'évaluation des prestations d'examen. Il ne s'écarte pas sans nécessité des avis des experts et de la commission d'examen sur des questions qui, de par leur nature, ne sont que difficilement contrôlables

² Décision de la Commission de recours DFE du 6 avril 1995 en l'affaire S. [94/4K-029], considérant 3.1 ss.

par les autorités de justice administrative. L'OFFT ne connaît en effet pas tous les facteurs déterminants de l'évaluation et il ne lui est généralement pas possible de se faire une idée globale fiable des prestations du recourant lors de l'examen ni des prestations des autres candidats. De plus, les examens portent souvent sur des connaissances spécialisées dont l'OFFT ne dispose pas. Une vérification libre et globale de l'évaluation des prestations d'examen comporterait un risque d'injustice et d'inégalité vis-à-vis des autres candidats. C'est pourquoi on admet dans l'enseignement et dans la pratique que l'autorité de recours observe une certaine retenue et ne vérifie pas l'évaluation des prestations d'examen de manière libre et globale.

Etant donné qu'il n'appartient pas à l'OFFT de répéter en quelque sorte l'examen, il convient de poser certaines exigences quant à la preuve d'une inopportunité prétendue. Les griefs correspondants doivent notamment reposer sur des arguments et des moyens de preuve objectifs. L'OFFT n'annule une décision que si le résultat ne paraît matériellement plus soutenable, soit que les organes d'examen ont émis des exigences excessives, soit qu'ils ont manifestement sous-estimé le travail du candidat³.

La commission d'examen doit entrer en matière sur les griefs justifiés, en règle générale par l'intermédiaire des examinateurs concernés, et justifier sur le fond et de manière objective pourquoi elle considère les arguments du recourant comme inexacts⁴. Les experts sont tenus d'expliquer l'évaluation effectuée en toute objectivité. Les recours ne doivent donc pas être compris comme une attaque personnelle contre la compétence spécialisée des experts. L'expérience a en outre montré qu'une nouvelle évaluation des réponses aux examens dans le cadre de la procédure de recours peut souvent conduire à l'attribution de points supplémentaires en raison d'erreurs d'évaluation intervenues lors de la première correction. Il est néanmoins important d'insister sur le fait que ce sont les prestations fournies à l'examen qui sont évaluées. La justification ultérieure des réponses dans le cadre de l'échange d'écritures ne doit pas être prise en compte⁵.

Lors de la vérification de l'évaluation des prestations d'examen, l'OFFT doit également examiner si la commission d'examen s'est acquittée de manière suffisante de son obligation de contrôle. Pour ce faire, il doit se constituer une idée du déroulement de l'examen, déroulement que même des non spécialistes doivent donc pouvoir reconstituer. La

³ JAAC 61.32, considérant 7.2.

⁴ JAAC 63.88, considérant 4.2.

⁵ ATF du 7 novembre 2002 [2P.177/2002], considérant 2.2.

justification permet en premier lieu à la personne concernée de mesurer la portée de la décision et d'interjeter recours en toute connaissance de cause. Il en découle que la justification doit au moins mentionner les questions auxquelles le candidat a répondu correctement, les lacunes constatées et les réponses qui auraient été justes⁶.

Cela ne veut toutefois pas dire que les experts sont tenus de motiver chaque allégation concernant un état de fait et chaque objection légale. Ils peuvent au contraire se limiter aux éléments essentiels pour leur décision⁷. Les experts doivent certes justifier leur évaluation de façon compréhensible, mais il est exagéré de les obliger à réfuter chaque motif en détail. Selon la jurisprudence, il suffit que les avis montrent que les experts se sont efforcés de comprendre le recourant et de l'évaluer correctement⁸. On peut donc admettre la règle empirique selon laquelle plus un grief est détaillé, plus la justification correspondante doit être approfondie.

aa) Examen écrit

Erreurs classiques

Dans les avis, il est parfois difficile à déterminer à quel grief on se réfère. Il arrive également que l'on ne précise pas la partie d'examen sur laquelle on prend position. Tout cela aboutit à des imprécisions qui sont préjudiciables à la transparence des motifs. Dans le cadre des prises de position, il convient donc de toujours indiquer clairement à quel grief on se réfère, par exemple en reprenant la numérotation ou les mots clés du mémoire de recours.

L'OFFT considère qu'une justification dans laquelle les experts utilisent, par exemple, les formulations suivantes n'est pas claire : « l'évaluation a été examinée et reste inchangée » ou « le recours ne contenant aucune description de lacunes matérielles, l'évaluation reste inchangée ». Même en présence d'affirmations concrètes (p. ex. « le candidat a mentionné des critères quantitatifs »), l'OFFT n'est pas toujours en mesure de reconnaître les lacunes que l'on reproche au candidat. Dans cet exemple, l'évaluation doit être formulée comme suit : « au lieu de critères qualitatifs, le candidat a par erreur mentionné des critères quantitatifs ». En outre, il est toujours utile de donner les réponses pour lesquelles on aurait pu attribuer d'autres points.

⁶ JAAC 63.88, considérant 4.2.

⁷ ATF 112 la 107, considérant 2b

⁸ Décision de la Commission de recours DFE du 8 mars 2000 en l'affaire L. [99/HB-009], considérant 4.1.

Lors de l'élaboration d'avis, on est toujours confronté à des questions spécifiques, dont les principales sont brièvement développées ci-après.

Pas de *reformatio in pejus*

Les experts sont souvent d'avis qu'ils ne devraient pas retirer de points aux candidats dans le cadre de leur prise de position. L'attribution de points ne représente toutefois qu'une partie de la justification de la décision d'examen. La modification de la justification est toujours admissible pour autant qu'elle repose sur des arguments concrets. Le retrait de points ne constitue donc pas une *reformatio in pejus* interdite (violation de l'interdiction d'aggraver la décision).

Les experts peuvent sans autre remarquer dans le cadre d'une procédure de recours que leur première évaluation des prestations d'examen était trop généreuse ou au contraire trop sévère. Cette prise de conscience peut aboutir à une modification du nombre de points en faveur ou en défaveur du candidat, mais uniquement à condition que la deuxième correction révèle que les premiers examinateurs ont outrepassé leur pouvoir d'appréciation. C'est pourquoi il n'est pas admissible que, comme ce fut déjà le cas, la commission d'examen retire des points sans que les experts en aient fait la demande, donc sans qu'il y ait eu erreur d'appréciation lors de la première correction, et ce, même si les experts précisent dans leur avis que l'évaluation est trop généreuse⁹.

Erreurs consécutives

Les recourants font souvent valoir qu'une erreur dans une tâche n'est qu'une erreur consécutive à la tâche précédente. Or les experts ne disposent d'aucune directive quant au traitement des erreurs consécutives. La question décisive est plutôt de savoir si les experts ont reconnu et pris en compte les erreurs consécutives en tant que telles et si cela apparaît sur les corrigés. Dans quelle mesure une erreur consécutive doit-elle être prise en compte ? C'est une question d'appréciation. L'OFFT n'intervient dans l'appréciation des experts que si celle-ci est arbitraire ou subjective¹⁰.

Points partiels

En lien avec certaines tâches, les recourants avancent que leur solution n'était certes pas entièrement juste, mais que certaines réponses étaient en partie correctes, et demandent

⁹ Arrêts du Tribunal administratif fédéral du 28 mars 2007 [B-2204/2006], considérant 8.2, et du 5 juillet 2007 [B-2199/2006], considérant 6.

¹⁰ Décision de la Commission de recours DFE du 29 décembre 2003 en l'affaire W. [HB/2002-21], considérant 5.2.

par conséquent l'attribution d'une partie des points ou l'augmentation du nombre de points accordés à leur solution. Il faut ici tenir compte du fait que les examinateurs disposent d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la pondération relative des différents calculs, informations ou réflexions composant la réponse correcte et exhaustive à une question d'examen précise, ainsi que le nombre de points accordés à des solutions partiellement justes. Le pouvoir d'appréciation des experts ne serait restreint que si une grille définissant le nombre exact de points à attribuer par réponse partielle était disponible¹¹.

Structure de l'échelle des notes

Il n'existe aucune prescription quant à la forme de l'échelle des notes. Il incombe donc à la commission d'examen de décider quelle échelle elle souhaite appliquer pour évaluer les candidats. Cette échelle convertit à l'avance le nombre de points en notes. Le pouvoir d'appréciation de la commission d'examen n'est pas considéré comme irrégulier d'un point de vue juridique si l'échelle des notes n'est pas linéaire ou si le nombre de points en dessous de 4 est différent de celui au-dessus de 4. Le seul élément déterminant est que l'échelle choisie soit objectivement justifiable. Au lieu d'une échelle, les points peuvent également être convertis en notes au moyen d'une formule. Dans ce cas, la formule usuelle est la suivante : nombre de points atteints multiplié par 5, divisé par le nombre maximum de points, plus 1¹².

Questions à choix multiple

La principale caractéristique des questionnaires à choix multiple réside dans le fait que la prestation d'examen consiste uniquement à cocher ou non une case. Le candidat n'a pas la possibilité de motiver sa réponse et de créer ainsi des bases supplémentaires pour l'évaluation de sa prestation par les experts. La formulation correcte des questions est donc extrêmement difficile, ce qui constitue la particularité des questionnaires à choix multiple. Toutes les décisions juridiquement pertinentes pour l'examen doivent être prises déjà lors de la rédaction des questions. Les nombreuses années d'expériences ont montré qu'il est pratiquement impossible d'exclure totalement les questions inadaptées, c'est-à-dire les questions incompréhensibles, contradictoires, ambiguës ou induisant en erreur. Il en va de même pour les questions qui ont plusieurs réponses valables ou dont la réponse à cocher est en réalité fausse. Il existe en théorie deux possibilités pour éviter que des questions mal formulées influent sur l'évaluation de l'examen : soit les questions concernées sont éliminées lors de l'évaluation, soit les réponses sont considérées comme correctes.

¹¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 2 juillet 2007 en l'affaire L. [B-2213/2006], considérant 7.2.

¹² Décision de la Commission de recours DFE du 27 octobre 2004 en l'affaire G. [JC/2003-1], considérants 6.2.1 ss.

Selon la jurisprudence, le candidat obtient des points pour une réponse « fausse » à une question à choix multiple mal formulée dans la mesure où il a pu comprendre ladite question dans le sens de sa réponse¹³.

Expertise

Au cours des procédures de recours, l'OFFT signale plusieurs fois expressément aux recourants qu'il n'est pas une commission d'examen supérieure qui peut réévaluer l'examen du point de vue du contenu. Faute de compétence, il ne peut donc intervenir que lorsqu'une grave erreur d'appréciation de la prestation a été objectivement constatée. Dans ce contexte, il est compréhensible que les recourants demandent parfois la consultation d'un expert indépendant. Deux éléments sont déterminants pour évaluer la nécessité d'impliquer un tel expert : d'une part, il faut prouver, ou les dossiers doivent révéler, que l'évaluation de la prestation par les experts aux examens était contradictoire, fautive ou manifestement trop sévère. D'autre part, il doit être suffisamment vraisemblable qu'une réévaluation à la hausse de la prestation par l'expert indépendant peut exercer une influence positive sur le résultat global de l'examen.

Dans la jurisprudence, ces conditions ont été remplies dans un cas où un expert a donné 140 points pour une étude de cas et un autre 230. Cette différence d'évaluation a été jugée contradictoire. Etant donné que la note nécessaire à la réussite de l'examen était accordée à partir de 220 points, on a jugé suffisamment vraisemblable que l'expertise aurait pu avoir une influence positive sur le résultat de l'examen¹⁴.

bb) Examen oral

Les considérations ci-dessus concernant la justification des prestations d'examen sont en principe également valables pour les examens oraux. Il convient de veiller à ce que les avis de la commission d'examen et des experts reflètent clairement le contenu du déroulement de l'examen, en tout cas dans ses grandes lignes. Pour ce faire, les experts doivent avoir rédigé, ne serait-ce que dans un style télégraphique, un compte rendu convaincant concernant le déroulement de l'examen, et en particulier les réponses du recourant. C'est en

¹³ JAAC 60.42, considérant 5.2.

¹⁴ Décision de la Commission de recours DFE du 28 septembre 2000 en l'affaire D. [99/HB-042], considérant 7.

effet le seul moyen pour l'OFFT d'identifier les lacunes qui ont conduit à l'évaluation contestée et de déterminer si cette évaluation paraît matériellement défendable.

Les experts doivent prendre des notes pendant l'examen afin d'être en mesure d'en reconstituer le déroulement. Après l'examen, ces notes leur permettent non seulement d'évaluer la prestation, mais aussi de se prononcer sur le déroulement de l'examen à un moment ultérieur. Les notes peuvent également contenir des impressions des experts relatives au déroulement et à la manière dont les réponses ont été données. Les remarques indiquant que les réponses ont été spontanées ou hésitantes, ou encore qu'elles ont été données avec l'aide des experts, jouent un rôle déterminant dans l'évaluation d'un examen oral. C'est pourquoi il est tout à fait admissible que les experts notent de telles impressions. En revanche, les comptes rendus qui ne contiennent que des impressions subjectives des experts ne sont pas admissibles, car les comptes rendus doivent toujours refléter clairement le contenu du déroulement de l'examen, en tout cas dans les grandes lignes. Ils doivent indiquer les réponses données aux différentes questions et les lacunes au niveau des connaissances qui ont conduit à une évaluation insuffisante¹⁵.

Dans le cas des examens oraux, le recourant ne peut la plupart du temps pas consulter les notes, que les experts ont établies pour eux-mêmes. S'il veut interjeter recours contre l'évaluation de sa prestation lors de l'examen oral, il ne dispose, contrairement à l'examen écrit, d'aucun document sur lequel s'appuyer. On ne saurait donc exiger qu'il justifie ses griefs de la même façon que dans le cas d'un examen écrit. Son obligation de justification est remplie s'il indique dans son recours qu'il est en désaccord avec l'évaluation et il n'est pas tenu de détailler davantage ses griefs. La commission d'examen doit alors reconstituer le déroulement de l'examen dans sa prise de position. Toutefois, si le recourant se contente de contester l'évaluation de manière générale, les exigences posées à la commission d'examen quant à la justification du déroulement ne seront pas non plus très élevées. Le déroulement de l'examen doit cependant être reconstitué au moins dans les grandes lignes¹⁶. La situation est bien sûr différente lorsque le recourant critique le déroulement de l'examen de manière détaillée sous la forme d'un memorandum. Dans ce cas, la réponse de la commission d'examen n'est concevable que si elle décrit également en détail le déroulement de l'examen.

¹⁵ JAAC 61.32, considérants 10 ss. ; JAAC 63.88, considérants 4.2 ss.

¹⁶ Décision de la Commission de recours DFE du 22 mars 2000 en l'affaire F. [99/HB-022], considérants 6.2.1 ss. et du 25 mars 2002 en l'affaire P. [00/HB-036], considérants 5.2 ss.

Erreurs classiques

Etant donné que, dans le cadre d'un recours, l'évaluation de l'examen oral n'est souvent dénoncée que de manière générale, la prise de position est, elle aussi, souvent très générale (p. ex. « La prestation du candidat a été notée de manière équitable », « Le candidat donnait l'impression de ne pas être sûr de lui-même et ne pouvait répondre qu'à des questions de niveau C1 », on encore « Les réponses aux questions du domaine Comprendre et appliquer n'étaient pas satisfaisantes. Cela concerne en particulier les questions sur le volume du marché »).

Ce type de déclaration ne permet pas de reconstituer suffisamment bien le contenu et le déroulement d'un examen oral d'une demi-heure, voire plus. Il n'en ressort en effet pas de manière claire quels thèmes ont été abordés au travers des questions, où des lacunes de connaissances ont été constatées et comment les réponses ont été évaluées.

b) Vice de procédure

Si le recourant dénonce des vices de procédure dans le déroulement de l'examen, l'OFFT doit examiner les objections formulées avec pleine cognition. Toutes les objections concernant le déroulement formel de l'examen ou le procédé d'évaluation se réfèrent à des questions de procédure. Un vice de procédure dans le déroulement de l'examen justifie l'admission du recours dans la mesure où des éléments attestent que ce vice de procédure a pu exercer une influence défavorable sur le résultat¹⁷.

Un candidat doit pouvoir passer l'examen dans des conditions qui lui permettent de se concentrer pleinement sur les tâches demandées. Les perturbations et les distractions diminuant sa capacité de concentration doivent être évitées. Cela ne signifie pas pour autant que toute perturbation ou interruption, aussi insignifiante soit-elle, peut être utilisée pour remettre en question le déroulement de l'examen ou la procédure d'examen. Au contraire, la perturbation doit être si importante que la vérification des connaissances et de la capacité du candidat à fournir des prestations peut en être entravée ou rendue très difficile par rapport au déroulement habituel et à la pratique générale. En outre, elle doit avoir une influence sur le résultat de l'examen, c'est-à-dire qu'il faut au moins pouvoir établir une relation de cause à effet probable et adéquate entre la perturbation et la prestation¹⁸.

¹⁷ JAAC 65.56, considérant 4.

¹⁸ Décision de la Commission de recours DFE du 31 août 2005 en l'affaire Z. [HB/2004-43], considérant 4.2.

Les vices de procédure qui peuvent se présenter dans la pratique ou qui sont souvent invoqués par les candidats sont décrits ci-après.

Infraction au règlement d'examen ou aux directives

Au cours de l'examen, il convient de veiller au respect des dispositions du règlement d'examen et des directives afférentes. Cela concerne par exemple la matière d'examen définie, le temps imparti ou d'autres prescriptions telles que le nombre d'experts présents à l'examen. En ce qui concerne la durée de l'examen, il faut toujours signaler que si le candidat dispose certes de toute la durée de l'examen pour attester ses connaissances, la pratique des examinateurs consistant (lors d'un examen de 30 minutes) à l'interroger pendant 25 minutes et à utiliser les 5 minutes restantes pour procéder à l'évaluation de la prestation n'est pas considérée comme un vice de procédure¹⁹.

Attitude des experts

Lors d'un examen oral, les experts sont tenus d'adopter l'attitude la plus objective et la plus neutre qui soit. Ils doivent éviter les attitudes susceptibles de distraire ou de brusquer le candidat, ou de lui faire « perdre le fil ». Il est par exemple déjà arrivé qu'un téléphone portable sonne au milieu de l'examen ou que l'on demande au candidat s'il a un lien de parenté avec un délinquant sexuel portant le même nom que lui. Mais l'attitude d'un expert ressentie subjectivement comme peu aimable ne constitue en soi pas un vice de procédure. Il en va de même pour certaines remarques quelque peu inconsidérées d'experts²⁰.

Adaptation a posteriori de l'échelle des notes

Il arrive parfois que l'échelle des notes soit adaptée en raison des expériences faites lors de la correction des examens, et ce, afin que la moyenne des notes se situe à un niveau acceptable. Une adaptation a posteriori est problématique lorsque les prestations demandées présentaient manifestement des exigences excessives. C'est arrivé par exemple dans un cas où aucun candidat n'a pu obtenir une note suffisante. Lors de l'examen en question, parmi les 500 candidats présents, les meilleurs eux-mêmes n'ont pu obtenir que 66 points sur 150 et la moyenne se situait autour de 25 points. La commission d'examen a voulu résoudre le problème que posaient les résultats très faibles des candidats en modifiant l'échelle des notes. A l'issue des corrections, elle a décalé l'échelle de manière à ce que 59 points suffisent déjà pour obtenir la note 6, qui est la plus élevée, et que la moyenne globale se situe à 3,2. Jusqu'à présent, cela reste le seul cas où l'adaptation de l'échelle des notes a

¹⁹ JAAC 60.41, considérant 5.

²⁰ ATF du 29 juillet 2003 [2P.19/2003], considérant 4.2.

été considérée comme un vice de procédure. Les adaptations a posteriori moins massives ne constituent en effet pas une violation de la loi. Une adaptation de 0,5 point ou de 10 % n'indique pas encore clairement des exigences trop élevées et une légère adaptation de ce type permet éventuellement de compenser une tâche un peu difficile²¹.

Mention des points à atteindre

Les candidats invoquent parfois également que les experts ont omis d'indiquer dans l'énoncé la répartition des points entre les différentes tâches partielles. Il n'existe cependant aucune obligation apparente d'indiquer la pondération des tâches partielles déjà au moment de la remise de la tâche d'examen. Au contraire, les experts peuvent demander aux candidats, et ce, sans outrepasser leur capacité d'appréciation, de reconnaître par eux-mêmes, lors de la résolution des questions d'examen, où les accents doivent être mis et d'organiser le temps à disposition en conséquence²².

Examen mal équilibré

Il n'est pas possible d'interroger le candidat sur l'ensemble de la matière d'examen. Un choix doit être obligatoirement fait quant aux thèmes abordés lors de l'examen. Le grief selon lequel un examen était mal équilibré a donc peu de chance d'être validé. Il y a cependant vice de procédure lorsque l'on emploie $\frac{3}{4}$ du temps de l'examen oral à interroger le candidat sur une question à laquelle il ne peut pas répondre. Le candidat a en effet le droit de se voir donner l'occasion de prouver ses connaissances pendant toute la durée de l'examen. Or cela n'est pas possible si, après avoir constaté une lacune, les experts ne sont pas prêts de passer à autre chose pendant le reste de la durée de l'examen. Cette manière de procéder crée des conditions d'examen qui ne permettent pas au candidat de déployer toute sa capacité²³.

Lumière, bruit, documentation manquante / gestion des perturbations

Afin que le candidat puisse se concentrer pleinement sur son examen, l'éclairage doit être adéquat et il ne doit pas y avoir de bruits gênants. Une panne d'éclairage constitue naturellement un vice de procédure, car le candidat ne peut pratiquement plus se consacrer à son épreuve écrite. Il en est de même lorsque le candidat est dérangé par des bruits de

²¹ JAAC 61.31, considérants 6.2 ss ; décisions de la Commission de recours DFE du 3 juillet 1998 en l'affaire S. [97/HB-002], considérant 7.1, et du 15 décembre 1999 en l'affaire S. [99/HB-02], considérant 6.

²² ATF du 5 septembre 2000 [1P.214/2000], considérant 6b.

²³ Décision de la Commission de recours DFE du 4 mai 2000 en l'affaire M. [99/HB-028], considérant 5.

chantier ou par un cours d'aérobic donné dans la salle voisine. La commission d'examen ou l'autorité de surveillance de l'examen doit immédiatement remédier à de telles situations et essayer de compenser le préjudice subi en accordant du temps supplémentaire. Le même principe vaut lorsqu'on renvoie à des documents qui sont décisifs pour pouvoir effectuer la tâche mais qui n'ont pas été distribués : ces documents doivent être fournis aussi rapidement que possible et le temps perdu doit être compensé. Cette façon de procéder permet d'éviter que le vice de procédure influence le résultat d'examen et donne par conséquent lieu à l'admission du recours.

Egalité en matière de conditions d'examen

Les conditions d'examen doivent être égales. Cela signifie, dans le cas d'un examen écrit, que les tâches demandées doivent être matériellement équivalentes, que le déroulement de la procédure doit être ordonné et que les moyens auxiliaires, le matériel remis, les explications ou les remarques spécifiques communiquées avant ou pendant l'examen doivent, eux aussi, être équivalents²⁴.

c) Interprétation et application des prescriptions légales

Si l'interprétation et l'application des prescriptions légales sont contestées, l'OFFT doit examiner les objections formulées avec pleine cognition. Ces objections peuvent concerner la violation d'une loi quelle qu'elle soit, en particulier de la loi fédérale sur la formation professionnelle et de la Constitution fédérale. Les griefs les plus fréquents sont examinés plus en détail ci-après.

Droit d'être entendu

L'obligation de motiver la décision d'examen découle du droit du candidat d'être entendu. Certes, la commission d'examen peut, dans un premier temps, se limiter à communiquer uniquement la note, mais en cas de procédure de recours, elle doit motiver son évaluation²⁵. Comme déjà mentionné, il suffit que la motivation aborde les points principaux des griefs invoqués. Dans la pratique, les examens écrits ne posent pas de problème majeur, car la commission d'examen revient en règle générale sur ces points, même si parfois elle ne le fait qu'à la demande de l'OFFT. En revanche, quand il s'agit d'examens oraux, il arrive plus souvent qu'elle ne remplisse pas son obligation de motivation, même après une demande de

²⁴ ATF du 3 octobre 2000 [1P.420/2000], considérant 4b.

²⁵ ATF du 2 août 2007 [2P.44/2007], considérant 4.2.

l'OFFT. Etant donné que la violation du droit d'être entendu est, selon la jurisprudence actuelle, de nature formelle, elle aboutit automatiquement à l'admission du recours.

Egalité en matière d'évaluation

Contrairement à l'égalité en matière de conditions d'examen, qui a trait à la procédure, la question de savoir si les réponses des différents candidats ont été évaluées de manière égale est liée à l'application d'une prescription légale, à savoir le droit à un traitement équitable. La commission d'examen ou les experts qui corrigent doivent donc veiller à évaluer les contenus des réponses de tous les candidats selon les mêmes critères. Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille accorder des points supplémentaires à un candidat en arguant qu'un camarade a reçu, à tort, plus de points pour la même réponse. Un tel droit à l'égalité de traitement dans l'erreur n'existe en principe pas. La situation devient difficile lorsque l'on fait valoir cet argument à plusieurs reprises, et non sporadiquement. Dans ce cas, la jurisprudence a également déjà émis des doutes quant au fait que la solution du camarade soit véritablement erronée²⁶.

Récusation

Il convient de tenir compte des règles de récusation s'appliquant aux experts et à la commission d'examen conformément au règlement d'examen. Tout expert ou membre de la commission d'examen doit se récuser s'il est susceptible d'être partial. C'est le cas en présence de circonstances qui, d'un point de vue objectif, sont propres à susciter un sentiment de partialité ; toutefois, la seule affirmation de la partialité ne suffit pas et le sentiment de méfiance doit reposer sur des raisons objectives. C'est pourquoi le seul fait qu'un expert ait des contacts sporadiques avec un candidat ne constitue pas un motif de récusation²⁷.

Formalisme excessif

On parle de formalisme excessif lorsqu'aucun intérêt digne de protection ne justifie la stricte application des prescriptions relatives à la forme et que celles-ci deviennent une fin en soi. Un expert s'est ainsi vu reprocher un formalisme excessif lors de son évaluation d'une tâche. Cette tâche consistait à reporter dans un tableau des données fiscales, en remplissant uniquement les champs spécialement indiqués. Dans la dernière ligne, le candidat a inscrit la valeur correcte dans le champ jouxtant le champ indiqué, raison pour laquelle il s'est vu

²⁶ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 décembre 2008 en l'affaire X. [B-634/2008], considérants 5 ss. ; JAAC 64.106, considérants 6.3 ss.

²⁷ JAAC 59.84, considérant 2.1 ; JAAC 61.33, considérant 6.2.

retirer 0,25 point et a échoué à l'examen. Le formalisme excessif a été constaté dans ce cas, parce que la ligne entière en question devait obligatoirement contenir la même valeur et qu'aucune véritable erreur n'a pu être reprochée au candidat.

4. Réglementation des cas limites

Au cours des dernières années, la plus haute instance en matière de recours concernant les examens (la Commission de recours DFE puis, depuis 2007, le Tribunal administratif fédéral), a constitué une jurisprudence relative aux cas limites, c'est-à-dire aux cas où le candidat a échoué de peu à l'examen. D'après cette jurisprudence, la commission d'examen peut définir elle-même des critères concernant le traitement des cas limites lorsque ceux-ci ne sont abordés ni dans les règlements d'examen afférents ni dans les directives. Une telle réglementation doit toutefois être objectivement justifiable et applicable de manière égale à tous les candidats. En l'absence de réglementation des cas limites, le Tribunal administratif fédéral applique en général, à titre subsidiaire, sa propre réglementation en la matière²⁸.

La commission d'examen peut décider de réglementer les cas limites lors de la séance d'attribution des notes, donc en ayant connaissance des résultats d'examen. Cette décision doit être consignée dans le procès-verbal de la séance et appliquée également si le candidat s'est vu attribuer des points supplémentaires dans le cadre d'une éventuelle procédure de recours. Lors de chaque séance d'attribution des notes, la commission d'examen est libre de modifier la réglementation des cas limites de l'année précédente²⁹.

Dans la mesure où il est possible d'en juger, la réglementation appliquée jusqu'à présent a toujours été celle adoptée par la commission d'examen, qu'il s'agisse de l'exigence d'une moyenne de 4,5 ou de points « offerts » pour permettre au candidat de réussir. La possibilité existe également d'établir des règles différentes en fonction des parties de l'examen. Il n'est arrivé que rarement qu'une réglementation des cas limites adoptée n'ait pas été reconnue comme telle. Il s'agit de cas où des corrections ultérieures ont été ordonnées sous certaines conditions ou pour lesquels on a décidé de ne pas appliquer de réglementation des cas limites en général. La pratique afférente est cependant variable, c'est-à-dire qu'il est

²⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 mars 2007 en l'affaire Ö. [B-2207/2006], considérant 4.2.

²⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 juillet 2007 en l'affaire F. [B-2199/2006], considérant 7.2 ; décision de la Commission de recours DFE du 24 juin 2004 en l'affaire W. [HB-2003-5], considérants 5.1 ss.

également déjà arrivé que de telles réglementations soient acceptées comme des réglementations des cas limites.

Si la réglementation subsidiaire des cas limites du Tribunal administratif fédéral est appliquée, le candidat réussit un examen lorsqu'il suffit qu'une demi-note de branche ou de position soit arrondie à la hausse. La note à arrondir doit alors en règle générale être proche de la note suivante, pour autant qu'elle repose sur une échelle de notes³⁰. Le 4 février 2010, le Tribunal administratif fédéral a abandonné la jurisprudence relative à la réglementation subsidiaire des cas limites³¹. Les conséquences exactes de cet arrêt sur les autres aspects de la jurisprudence relative aux cas limites ne sont pas encore claires.

5. Décision de l'OFFT

Perspectives de recevabilité des griefs

Les recours qui concernent l'évaluation d'examens écrits n'aboutissent pratiquement jamais à l'attribution de points supplémentaires. Cela est dû au fait qu'en raison de son pouvoir d'examen limité, l'OFFT ne s'écarte pas sans nécessité de l'avis des experts. Or tant que les experts peuvent motiver leur évaluation, l'OFFT, qui n'est pas spécialiste, ne se trouve en réalité jamais dans une situation de nécessité. Des points supplémentaires ne sont donc accordés que si les experts le prévoient eux-mêmes dans le cadre de l'échange d'écritures. A titre exceptionnel, l'OFFT octroie également des points supplémentaires si cela est prévu par une expertise compétente et indépendante.

La situation est différente dans le cas des examens oraux. Les faits ne pouvant ici jamais être reconstitués de manière exhaustive par une personne extérieure, seuls les experts aux examens sont en mesure de donner une meilleure évaluation de la prestation.

En revanche, l'OFFT admet le recours lorsque l'on est en présence de vices de procédure ou de prescriptions légales mal interprétées ou mal appliquées qui ont/auraient pu avoir des conséquences sur le résultat de l'examen. Toutefois, il n'est souvent pas possible de déterminer la prestation que le recourant aurait fournie s'il n'y avait pas eu de vice de procédure ou de violation du droit. Dans ces cas, seule une admission partielle du recours est possible.

³⁰ Décision de la Commission de recours DFE du 14 décembre 2005 en l'affaire A. [HB/2004-39], considérant 7.2.

³¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 4 février 2010 en l'affaire K. [B-6261/2009], considérant 6.2.

Types de décisions et leurs conséquences

Il existe trois décisions possibles lorsque l'on statue sur un recours : le rejet, l'admission partielle et l'admission. Le rejet d'un recours signifie que la décision de la commission d'examen est confirmée et n'a pas de suite pour cette dernière. Si le recours est partiellement admis, la décision de la commission d'examen est levée. Dans ce cas, étant donné que la décision d'examen contient un défaut en raison d'une erreur imputée à la commission d'examen, mais que les conséquences matérielles de ce défaut ne peuvent pas être déterminées, l'OFFT renvoie le recours à la commission d'examen. Il lie ce renvoi à la directive selon laquelle le recourant doit se voir offrir l'occasion de vérifier gratuitement une ou plusieurs parties de l'examen. Sur la base de l'évaluation ordinaire et de la vérification ultérieure, la commission d'examen doit ensuite statuer à nouveau sur la réussite de l'examen. Si l'OFFT admet un recours, il ordonne que le certificat ou le diplôme soit décerné au recourant et que la commission d'examen établisse une version corrigée de l'attestation de notes.

Statistiques

En 2007, quelque 15 600 personnes se sont présentées à un examen professionnel ou professionnel supérieur. Parmi elles, 3900 (25 %) ont échoué. Au cours de cette même année, l'OFFT a reçu 368 recours et statué sur 102 d'entre eux : le recours a été rejeté dans 93 cas (91 %), partiellement admis dans 3 cas (3 %) et admis dans 6 cas (6 %).

En 2008, 16 300 personnes se sont présentées à un examen professionnel ou professionnel supérieur, dont presque 4000, c'est-à-dire de nouveau environ un quart, ont échoué. Cette année-là, l'OFFT a enregistré 421 recours et statué sur 122. Le recours a été rejeté dans 114 cas (93 %), partiellement admis dans 2 cas (2 %) et admis dans 6 cas (5 %).

Renvoi devant le Tribunal administratif fédéral

Au final, la décision de l'OFFT peut en principe être déférée au Tribunal administratif fédéral. Le recourant a toujours le droit de faire recours. En revanche, la jurisprudence actuelle veut que le droit de la commission d'examen de recourir contre une décision de l'OFFT soit contesté dans le cas où elle invoque que l'évaluation de la prestation par l'OFFT est erronée.

Rédaction : P. Thrier, juriste au secteur du droit de l'OFFT