

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C\_1013/2015

{T 0/2}

Arrêt du 28 avril 2016

Ile Cour de droit public

Composition  
MM. et Mme les Juges fédéraux Seiler, Président,  
Aubry Girardin et Haag.  
Greffière : Mme McGregor.

Participants à la procédure  
X. \_\_\_\_\_,  
représenté par Me Jana Burysek, avocate,  
recourant,

contre

Haute Ecole Arc Gestion,  
intimée.

Objet  
Echec définitif (Bachelor of Science HES-SO en Economie d'entreprise), fraude aux examens,  
recours contre l'arrêt de la Commission intercantonale de recours HES-SO du 13 octobre 2015.

Faits :

A.  
A partir du mois de septembre 2007, X. \_\_\_\_\_ a suivi la filière du Bachelor of Science HES-SO en Economie d'entreprise de la Haute Ecole Arc Berne-Jura-Neuchâtel (ci-après : la Haute Ecole), comme étudiant régulier à plein temps. Au mois de juin 2013, l'intéressé a échoué à l'examen de «Fiscalité 2».

Le 16 juin 2014, X. \_\_\_\_\_ s'est présenté pour la deuxième fois à l'examen de «Fiscalité 2». Selon le programme détaillé des examens du quatrième semestre se déroulant du 10 au 23 juin 2014, établi en mai 2014, étaient autorisés, outre divers textes légaux, les documents suivants : «L'ouvrage de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ : les lois fiscales fédérales [...] ainsi qu'un index des dispositions légales (sans commentaires ou autres annotations). Machine à calculer sans mémoire texte». Y. \_\_\_\_\_, surveillant durant l'examen du 16 juin 2014, a examiné les recueils de lois fiscales amenés par les candidats. Il n'a pas adressé de commentaires à X. \_\_\_\_\_. Au terme de l'examen, le surveillant a effectué la saisie de son recueil de lois.

Après avoir procédé à l'examen de ce recueil de lois, l'enseignant en charge de la matière Fiscalité 2 a considéré que celui-ci comportait des post-it et des annotations non conformes aux dispositions réglementaires.

B.  
Le 14 juillet 2014, X. \_\_\_\_\_ a été convoqué par la Direction de la Haute Ecole (ci-après : la Direction) en présence de Y. \_\_\_\_\_. Après avoir entendu l'intéressé, la Direction a considéré que les annotations présentes sur les post-it du recueil de lois de l'intéressé constituaient une fraude, puisqu'elles contrevenaient à une interdiction formelle. L'examen a été sanctionné de la note 1. Dans une décision datée du même jour, la Direction a prononcé l'échec définitif de X. \_\_\_\_\_ au module "Finances III, I-C", ce qui entraînait son exclusion de la filière Bachelor of Science HES-SO. Par décision du 4 novembre 2014, la Commission de recours de l'instance intercantonale de la Haute Ecole Arc Berne-Jura-Neuchâtel (ci-après : la Commission de recours Arc) a rejeté le recours formé par X. \_\_\_\_\_ contre la décision du 14 juillet 2014, soulignant notamment que le recueil de lois

ourepassait clairement les directives données aux candidats. Par arrêt du 13 octobre 2015, la Commission intercantonale de recours HES-SO (ci-après: la Commission intercantonale HES-SO) a rejeté le recours déposé par X. \_\_\_\_\_ contre la décision sur recours du 4 novembre 2014.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, X. \_\_\_\_\_ conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt rendu le 13 octobre 2015 par la Commission intercantonale HES-SO, de la décision rendue le 4 novembre 2014 par la Commission de recours Arc et de la décision rendue le 14 juillet 2014 par la Haute Ecole, ainsi qu'au renvoi de la cause à l'instance précédente pour que cette dernière rende une nouvelle décision dans le sens des considérants. Il requiert en outre le bénéfice de l'assistance judiciaire.

La Commission intercantonale HES-SO et la Haute Ecole concluent au rejet du recours.

Le 23 décembre 2015, le Tribunal fédéral a renoncé provisoirement à demander une avance de frais et a informé l'intéressé qu'il serait statué ultérieurement sur sa demande d'assistance judiciaire.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 141 II 113 consid. 1 p. 116).

1.1. L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF), rendue dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) par une autorité judiciaire intercantonale supérieure instaurée à l'art. 35 al. 1 de la Convention intercantonale du 26 mai 2011 sur la Haute Ecole spécialisée de Suisse occidentale (ci-après: Convention HES-SO; cf. art. 191b al. 2 Cst.), qui statue en dernière instance (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF; cf. arrêt 2C\_273/2014 du 23 juillet 2014 consid. 1.2). Il peut donc a priori faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition que la cause ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'art. 83 let. t LTF, selon lequel le recours est irrecevable contre les décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, notamment en matière de scolarité, de formation ultérieure ou d'exercice d'une profession. Le motif d'irrecevabilité contenu dans cette disposition dépend en principe de la matière et non du grief soulevé. Selon la jurisprudence, les décisions d'exmatriculation d'une université ou d'une haute école ou celles d'élimination d'une faculté ou d'un programme d'études tombent sous le coup de l'art. 83 let. t LTF lorsque la décision d'exmatriculation

ou d'élimination est en lien avec une évaluation des capacités de l'étudiant évincé (ATF 136 I 229 consid. 1 p. 231; arrêts 2C\_1149/2015 du 29 mars 2016 consid. 1; 2D\_31/2014 du 22 avril 2014 consid. 2.2.1; 2C\_306/2012 du 18 juillet 2012 consid. 1.2). A teneur de sa décision du 14 juillet 2014, la Haute Ecole a exclu de la filière le recourant à la suite de son échec définitif au module "Finances III, I-C", au sens de l'art. 28 du Règlement de la filière Bachelor of Science en Economie d'entreprise, volées 2010, du 13 septembre 2010. Cette situation d'échec définitif découle de la note de 1 prononcée en raison d'une fraude commise par l'étudiant, soit le fait d'avoir consulté un recueil fiscal au cours de l'examen de «Fiscalité 2» qui aurait été annoté de façon non conforme aux Directives. La note insuffisante attribuée ne résulte ainsi pas d'une évaluation matérielle de l'examen du recourant, mais sanctionne disciplinairement un comportement considéré comme malhonnête. La décision d'exclusion n'est donc pas directement liée à l'évaluation des capacités de l'étudiant. Il s'ensuit que, s'agissant de la sanction d'un cas de fraude qui n'implique pas d'analyser au fond le travail fourni, le recours ne tombe pas sous le coup de l'exception de l'art. 83 let. t LTF.

1.2. Pour le surplus, déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes requises (art. 42 LTF) par le destinataire de l'acte attaqué qui a qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF, le recours en matière de droit public est en principe recevable.

1.3. La conclusion en annulation de la décision du 14 novembre 2014 rendue par la Commission de recours Arc est, en revanche, irrecevable au regard de l'effet dévolutif du recours au Tribunal cantonal (ATF 136 II 539 consid. 1.2 p. 543; 136 II 101 consid. 1.2 p. 104). Il en va de même de la conclusion en annulation de la décision rendue le 14 juillet 2014 par la Haute Ecole.

1.4. Le recourant conclut uniquement, à la suite de l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de la cause à l'instance précédente "pour nouvelle décision dans le sens des considérants". En principe, des conclusions purement cassatoires ne sont pas suffisantes (art. 107 al. 2 LTF; ATF 138 II 169 consid. 3.3 p. 171 s.). Dès lors toutefois que l'on comprend, à la lecture du mémoire, que le recourant

entend obtenir l'annulation de la décision et le renvoi de la cause à l'instance précédente pour que cette dernière l'autorise à repasser l'examen de «Fiscalité 2», il convient de ne pas se montrer trop formaliste et d'entrer en matière sur le recours (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.3 p. 317).

2.

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral, qui comprend les droits de nature constitutionnelle et le droit intercantonal (cf. art. 95 let. a et e LTF; art. 106 al. 1 LTF; arrêt 2C\_301/2015 du 3 novembre 2015 consid. 2.1), sous réserve des exigences de motivation figurant à l'art. 106 al. 2 LTF. Aux termes de cet article, le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (cf. ATF 141 I 36 consid. 1.3 p. 41).

3.

Le recourant invoque en premier lieu une violation du principe de la bonne foi consacré à l'art. 5 al. 3 Cst.

3.1. Ce principe est explicitement prévu à l'art. 5 al. 3 Cst., selon lequel les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2 p. 561). De ce principe général découle notamment le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'Etat, consacré à l'art. 9 in fine Cst. (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 p. 53 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (1) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (2) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (3) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore (4) qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (5) que la réglementation

n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 p. 538; 137 I 69 consid. 2.5.1 p. 72; 131 II 627 consid. 6.1 p. 637).

Le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence simplement d'un comportement de l'administration, notamment en cas de silence de l'autorité dans une situation de fait contraire au droit (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 149/105 du 3 mai 2006 consid. 6.1), pour autant que celui-ci soit susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (cf. ATF 129 II 361 consid. 7.1 p. 381; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170). La précision que l'attente ou l'espérance doit être "légitime" est une autre façon de dire que l'administré doit avoir eu des raisons sérieuses d'interpréter comme il l'a fait le comportement de l'administration et d'en tirer les conséquences qu'il en a tirées. Tel n'est notamment pas le cas s'il apparaît, au vu des circonstances, qu'il devait raisonnablement avoir des doutes sur la signification du comportement en cause et se renseigner à ce sujet auprès de l'autorité (cf. ATF 134 I 199 consid. 1.3.1 p. 203; arrêt 2C\_138/2015 du 6 août 2015 consid. 5.1).

3.2. Le recourant soutient que le comportement du surveillant, consistant à examiner son recueil de lois avant le début de l'examen sans attirer son attention sur le fait que le document n'était pas conforme aux directives, est contraire au principe de la bonne foi. Il fait valoir qu'il n'a pas pu se rendre compte immédiatement de son erreur et qu'il s'est fondé sur l'attitude du surveillant pour passer son examen à l'aide des documents en sa possession.

3.3. Ce raisonnement ne saurait être suivi, même si le comportement du surveillant est regrettable. En effet, d'après les constatations cantonales, qui lient le Tribunal de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), les directives portant sur les documents autorisés à l'examen de «Fiscalité 2» ont été dûment communiquées au recourant. Or celles-ci étaient claires : seuls la dénomination et le numéro d'article étaient autorisés sur les marques-pages. Il se trouve que les marques-pages apposés par le recourant dans son recueil de lois contenaient des précisions allant bien au-delà des indications autorisées. La Commission intercantonale a notamment relevé que plusieurs marques-pages mentionnaient des détails de calculs, des renvois à d'autres dispositions, des formules d'application de base, ainsi que des commentaires sur certains articles. Ainsi, comme l'ont retenu les juges précédents, le recueil de lois s'avérait manifestement non conforme aux instructions reçues par l'étudiant. Dans ce contexte, il n'est pas possible de retenir que le silence du surveillant était susceptible d'éveiller chez le recourant une espérance légitime. A cet égard, on peine à déceler

quelles raisons sérieuses le recourant pourrait invoquer lui permettant d'interpréter le silence du surveillant comme une acceptation tacite à son comportement. Au contraire, l'intéressé ne pouvait pas ignorer que ses annotations n'étaient pas conformes aux directives et donc susceptibles d'entraîner des conséquences sur son évaluation. Il s'ensuit que l'une des conditions auxquelles est subordonnée l'application du principe de la bonne foi n'est pas réalisée, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le prétend le recourant, ce dernier pouvait légitimement penser que le surveillant était compétent pour statuer sur la conformité aux directives des documents apportés à l'examen par les candidats. Le grief tiré de la bonne foi est donc mal fondé.

4.

Le recourant se prévaut également des principes de la proportionnalité et de l'interdiction de l'arbitraire. La sanction prévue par le Règlement de la filière Bachelor of Science en Economie d'entreprise, volées 2010, du 13 septembre 2010, qui consiste à attribuer la note 1 en cas de participation à une fraude ou tentative de fraude, sans qu'aucune mesure moins restrictive ne soit envisagée, violerait ce principe. Le recourant relève que, dans des cas similaires au sien, les surveillants s'étaient limités à confisquer le recueil de lois au début de l'examen, ce qui respectait les principes de la proportionnalité et de l'interdiction de l'arbitraire.

4.1. Consacré à l'art. 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 consid. 6.3.1 p. 267 s.; 140 II 194 consid. 5.8.2 p. 199). Le principe de la proportionnalité n'est pas, comme sa désignation l'indique, un droit fondamental mais uniquement un principe constitutionnel. Il peut être invoqué dans le cadre d'un recours en matière de droit public directement et indépendamment d'un droit fondamental (cf. ATF 141 I 1 consid. 5.3.2 p. 7; 140 I 257 consid. 6.3.1 p. 267; 134 I 153 consid. 4.1 p. 156). Toutefois, lorsque le recourant s'en prévaut en relation avec le droit cantonal et indépendamment de toute atteinte à un droit fondamental, le Tribunal fédéral ne revoit pas le respect du principe de la proportionnalité librement, mais seulement sous l'angle de l'arbitraire (cf. ATF 141 I 1 consid. 5.3.2 p. 7 s. et les références citées).

En l'occurrence, le Règlement de la filière Bachelor of Science en Economie d'entreprise, volées 2010, du 13 septembre 2010 (ci-après: le règlement) ne ressortit pas au droit cantonal mais au droit intercantonal, puisqu'il repose sur la Convention HES-SO, qui constitue une convention intercantonale au sens de l'art. 48 al. 1 Cst. Partant, à supposer que la proportionnalité ait été invoquée en relation avec ce règlement (cf. art. 106 al. 2 LTF), ce qui est le cas en l'espèce, le Tribunal fédéral peut revoir librement l'application de ce principe (art. 95 let. e LTF; BERNARD CORBOZ, ad art. 95 LTF, in Commentaire de la LTF, 2e éd., 2014, n. 42 p. 1103).

4.2. Quant à l'arbitraire, également invoqué par le recourant en lien avec le principe de la proportionnalité, il ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue en dernière instance cantonale que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (art. 9 Cst.; cf. ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s.; 140 III 157 consid. 2.1 p. 168).

4.3. En l'espèce, d'après l'art. 28 du règlement, «toute participation à une fraude ou tentative de fraude est sanctionnée par la note 1. Elle peut entraîner l'annulation de la session d'examen, le refus de l'octroi du diplôme, voire son annulation». Le droit intercantonal ne prévoit ainsi aucune gradation de mesures mais uniquement l'attribution de la note 1 au module concerné. Seules les conséquences sur la poursuite des études varient en fonction de la situation du recourant (première tentative, dernière chance en vue de l'obtention du diplôme, etc.). 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. Il concrétise en ce sens les principes d'équité et d'égalité des chances consacrés aux art. 12 et 13 de la Convention intercantonale HES-SO. 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. En cas de doute, comme le précise pertinemment la Commission intercantonale, le candidat peut toujours s'adresser, avant l'examen, au professeur responsable afin de s'assurer de la validité de ses annotations. Imposer en amont le contrôle généralisé de la documentation par les surveillants, comme le voudrait le recourant, ne permettrait pas de répondre aux objectifs poursuivis par la réglementation intercantonale. Outre

qu'une telle mesure aurait pour effet de décharger la responsabilité de l'étudiant, elle ne serait pas justifiée pour des raisons de praticabilité. Elle impliquerait en effet une organisation et une charge de travail disproportionnées. La mesure tendant à attribuer la note 1 paraît en outre raisonnable, dans la mesure où elle se limite à sanctionner le module en cause.

Encore faut-il examiner si les conséquences de la sanction infligée au recourant, soit la note 1 au module concerné, sont proportionnées aux circonstances du cas d'espèce. Dans la mesure où elle s'est limitée à constater que la Haute Ecole avait appliqué les conséquences automatiques prévues par le règlement, l'instance précédente n'a à tort pas procédé à cet examen. Pourtant, la sanction prononcée par la Haute Ecole a entraîné de graves conséquences pour le recourant, qui s'est vu exclure de la filière Bachelor of Science. Contrairement à ce que laisse entendre l'intéressé, cette situation ne résulte pas uniquement de l'attribution de la note 1 à son examen de «Fiscalité 2», mais aussi de l'application de l'art. 25 du règlement, selon lequel "à l'issue de la répétition d'un module, si le module obtient à nouveau la qualification F et que les conditions de la compensation par blocs ne sont pas remplies, ce nouvel échec est alors définitif et entraîne l'exclusion de l'étudiant-e de la filière". Or, d'après l'arrêt attaqué, le recourant se trouvait en situation de répétition d'examen et n'était pas concerné par la compensation par blocs (cf. arrêt attaqué, p. 2). Il n'est ainsi pas exact de soutenir, comme le fait l'intéressé, que

l'unique sanction prévue par le règlement est l'échec définitif. Du reste, au vu de sa situation, on aurait pu attendre du recourant qu'il prête une attention particulière au respect des directives données par le corps enseignant, afin d'éviter tout reproche de fraude. Une telle diligence se justifiait d'autant plus que, comme indiqué ci-avant (cf. supra consid. 3.3), les directives communiquées aux étudiants au sujet de la documentation autorisée à l'examen étaient claires. Or, le recourant n'a pas hésité à annoter ses marques-pages de détails de calculs, de renvois à d'autres dispositions, de formules d'application de base et de commentaires sur certains articles, alors que seuls étaient autorisés la dénomination et le numéro d'article. Enfin, le fait que certaines institutions cantonales aient choisi une pratique différente, consistant à retirer la documentation jugée non conforme aux consignes et à la remplacer par des exemplaires vierges des ouvrages saisis, n'y change rien. Le recourant, qui suit la filière du Bachelor of Science de la Haute Ecole, ne peut s'en prévaloir. C'est donc en vain que le recourant consacre plusieurs pages de son mémoire à reproduire un arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois, d'où il ressortirait

que la confiscation des documents non conformes aux directives constituerait une pratique courante.

4.4. Dans ces circonstances, la mesure tendant à sanctionner un cas de fraude ou de tentative de fraude par la note 1 n'apparaît pas contraire au principe de la proportionnalité et n'aboutit pas à un résultat arbitraire.

5.

Le recourant soulève également le grief d'arbitraire, au motif que la décision querellée appliquerait une procédure inconnue des candidats. Il se plaint de l'absence d'instructions au sujet du rôle précis du surveillant lors du déroulement de l'examen. D'après l'intéressé, la pratique de la Haute Ecole, consistant à faire surveiller les examens par des personnes qui ne sont pas habilitées à constater les cas de fraude, n'est pas communiquée aux candidats. La Haute Ecole aurait ainsi versé dans l'arbitraire en appliquant une procédure que les candidats ne connaissaient pas.

Cette argumentation ne résiste pas à l'examen sous l'angle de l'arbitraire (cf. pour la notion d'arbitraire, supra consid. 4.2). La décision querellée se contente d'appliquer le règlement, selon lequel toute participation à une fraude ou tentative de fraude est sanctionnée par la note 1. Ni les directives communiquées avant l'examen, ni le droit intercantonal ne prévoient la possibilité pour le candidat de faire vérifier la validité de la documentation apportée à l'examen par le surveillant. Dans ces conditions, on ne saurait taxer d'arbitraire une application du droit intercantonal s'en tenant en l'espèce à la lettre de la loi.

6.

Pour le surplus, en tant que le recourant mentionne le principe d'égalité, sans dire en quoi il aurait été violé, son argumentation est insuffisante au regard des exigences de motivation accrues de l'art. 106 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2). Il n'y a donc pas lieu d'examiner la question plus avant.

7.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable. Le recourant a déposé une demande d'assistance judiciaire. Compte tenu de sa situation financière précaire et du fait que ses conclusions ne paraissaient pas d'emblée vouées à l'échec, sa demande peut être admise (art. 64 al. 1 LTF). Il ne sera donc pas perçu de frais (art. 64 al. 1 LTF). Me Jana Burysek sera désignée comme avocate d'office du recourant et ses honoraires, fixés par la Cour de

céans, seront supportés par la Caisse du Tribunal fédéral (art. 64 al. 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La demande d'assistance judiciaire est admise. Me Jana Burysek est désignée comme avocate d'office du recourant et une indemnité de 2'500 fr. lui est allouée à titre d'honoraires, à payer par la caisse du Tribunal fédéral.

3.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

4.

Le présent arrêt est communiqué à la mandataire du recourant, à la Haute Ecole Arc Berne-Jura-Neuchâtel, à la Commission de recours de l'instance intercantonale de la Haute Ecole Arc Berne-Jura-Neuchâtel, ainsi qu'à la Commission intercantonale de recours HES-SO.

Lausanne, le 28 avril 2016

Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

La Greffière : McGregor