

VPB 56.16

(Décision du Conseil fédéral du 27 mars 1991)

Medizinalprüfungen. Verfahrensfehler in einer Assistentenprüfung für Apotheker.

Art. 46 AMT. Art. 49 Bst. a VwVG.

- Beschwerden, welche Verfahrensfehler rügen, müssen nicht mit Zurückhaltung, sondern mit voller Kognition geprüft werden, andernfalls eine Rechtsverweigerung vorliegt.
- Begriff des Verfahrensfehlers.
- Der Bundesrat heisst eine Beschwerde gegen einen Prüfungsablauf gut, der Quelle für ungleiche Behandlung oder Willkür gewesen und von der Vorinstanz nur summarisch geprüft worden ist.
- Da es aufgrund der Beschwerdeakten unmöglich ist, das Verfahren nachträglich zu rekonstruieren, ist eine Rückweisung an die Vorinstanz nicht angezeigt; der Bundesrat lässt daher die Beschwerdeführerin zur Wiederholung der angefochtenen Prüfungen zu.
- Berechnung der Parteientschädigung.

Examens des professions médicales. Vice de procédure dans un examen d'assistant pharmacien.

Art. 46 OGPM. Art. 49 let. a PA.

- Les recours fondés sur des vices de procédure ne doivent pas être examinés avec retenue, mais avec plein pouvoir de cognition, sous peine de déni de justice formel.
- Notion de vice de procédure.
- Le Conseil fédéral admet un recours dirigé contre un déroulement d'examens qui a été source d'inégalités de traitement ou d'arbitraire et que l'autorité inférieure n'a examiné que sommairement.
- Vu l'impossibilité de rétablir le déroulement des examens sur la base du dossier, un renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure ne se justifie pas; le Conseil fédéral autorise par conséquent la recourante à répéter les épreuves contestées.
- Calcul des dépens.

Esami per le professioni mediche. Vizio procedurale in un esame di assistente farmacista.

Art. 46 OGPM. Art. 49 lett. a PA.

- I ricorsi che fanno valere vizi procedurali non devono essere esaminati con riserbo, ma con piena cognizione di causa, sotto pena di diniego di giustizia formale.
- Nozione di vizio procedurale.
- Il Consiglio federale ammette un ricorso contro uno svolgimento d'esami che è stato fonte di disparità di trattamento o d'arbitrio e che l'autorità inferiore ha esaminato soltanto sommariamente.
- Vista l'impossibilità di ricostruire lo svolgimento degli esami sulla base del fascicolo, non è giustificato un rinvio dell'affare all'autorità inferiore; il Consiglio federale autorizza di conseguenza la ricorrente a ripetere gli esami impugnati.
- Calcolo delle spese ripetibili.

I

A. La recourante s'est présentée à l'examen d'assistant-pharmacien de la session d'automne 1988 à l'Université de Lausanne. Elle y a obtenu les notes suivantes:

- à la partie pratique: 3 pour la confection d'une préparation médicamenteuse, 6 pour l'exécution d'ordonnances médicales, 6 pour la détermination de drogues et 3 pour l'identification de médicaments;
- à la partie orale: 4 pour la connaissance des spécialités pharmaceutiques, 4 pour la connaissance de la Pharmacopée suisse en vigueur (y compris la Pharmacopée européenne) et des autres prescriptions relatives à l'exercice de la profession.

Bien qu'ayant obtenu une moyenne de 4,33, la recourante a échoué en raison de 2 notes principales inférieures à 4, ainsi que le constate la décision du président local du 7 octobre 1988.

B. Le 31 octobre 1988, la recourante a porté cette décision devant le Comité directeur des examens fédéraux pour les professions médicales (ci-après le Comité directeur) en contestant la note qui lui avait été attribuée pour l'examen de confection d'une préparation médicamenteuse - laquelle n'aurait pas tenu compte du fait, signalé durant l'examen, que la matière qui lui avait été remise ne permettait pas d'aboutir à un résultat satisfaisant - ainsi que la note sanctionnant l'examen d'identification de médicaments, dont l'organisation serait discriminatoire et dont le déroulement à la session d'automne 1988 se serait heurté à des problèmes de matériel mis à disposition. Elle déclarait dans son recours incriminer en définitive surtout le désordre qui avait présidé à l'organisation de l'examen d'analyse pharmacopée pour le premier groupe de candidats auquel elle appartenait et qui l'aurait préteritée. Elle concluait à ce que le certificat refusé lui soit délivré, subsidiairement à être autorisée à se représenter aux branches d'examen contestées.

Ce recours a été rejeté par le Comité directeur le 11 août 1989.

C. Le 12 septembre 1989, la recourante a recouru contre cette décision auprès du DFI. Celui-ci a rejeté le recours le 24 novembre 1989. Il résulte des considérants de sa décision que, pour ce qui est de l'estimation des résultats d'examen, il n'y avait pas lieu de s'écarter des avis des examinateurs, lesquels s'étaient surtout attachés à relever l'insuffisance des travaux pratiques. Il a en particulier considéré qu'en ce qui concerne le déroulement d'un examen sur lequel les déclarations des parties divergent sensiblement, et compte tenu de ce que l'autorité de recours devait se limiter à constater si des faits ou des manquements ont été commis, il ne pouvait que faire confiance aux personnes et aux organes compétents, à moins de se trouver devant un cas d'arbitraire manifeste; en l'espèce, c'est après des examens durant plusieurs heures que les examinateurs avaient conclu que les conditions n'étaient pas remplies.

D. Par mémoire du 21 décembre 1989, la recourante recourt au Conseil fédéral contre la décision du DFI. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que le certificat refusé lui soit attribué, subsidiairement à être autorisée à se présenter à nouveau à l'examen d'identification de médicaments. Le mémoire de recours précise que, sans renoncer aux moyens qu'elle a développés devant les instances inférieures au sujet de la confection d'une préparation médicamenteuse, la recourante entend porter l'accent sur le second examen, soit celui d'identification, dont elle conteste d'abord la régularité du déroulement en tant qu'il aurait été entravé par la défectuosité et l'insuffisance des appareils nécessaires aux tests à effectuer. Relevant qu'aux termes des dispositions légales, il appartient à l'examineur de choisir les moyens auxiliaires, partant, de répondre de leur disponibilité et de leur fonctionnalité effectives, elle reproche aux autorités inférieures d'avoir fait leurs déclarations pourtant contradictoires des experts et des examinateurs quant aux moyens mis à disposition des candidats et quant à l'adéquation du Rotavapor comme appareil de séchage pour le test du dérivé sublimé, sans chercher à élucider ce point contesté. Elle requiert qu'une expertise neutre soit ordonnée à cet égard.

La recourante maintient également le grief d'arbitraire invoqué à l'encontre de l'organisation proprement dite de cet examen: divisant les candidats en plusieurs groupes appelés à se présenter lors de journées d'examen différentes, elle leur attribue toutefois les mêmes produits à identifier, ce qui désavantagerait les candidats du premier groupe; ces derniers se présentent sans préparation, alors que les candidats des groupes suivants ont la possibilité de se renseigner, de se préparer en conséquence et d'épargner ainsi un temps précieux sur les six heures d'examen imparties. Elle demande à ce que l'expertise requise se prononce également sur ce point, ainsi que sur l'abandon de cette méthode d'examen lors de la session d'automne 1989 - où chaque groupe a reçu des monographies et des sujets différents - , argument auquel la recourante reproche au DFI de n'avoir pas répondu dans la décision entreprise.

...

## II

1. Le recours est dirigé contre une décision concernant le résultat d'un examen de capacité. Pareille décision peut être déférée au Conseil fédéral (art. 99 let. f OJ en liaison avec les art. 72 ss PA; JAAC 47.35). La recourante est touchée par la décision attaquée; elle est donc habilitée à recourir (art. 48 let. a PA). Les dispositions des art. 50 et 52 PA sur le délai de recours, ainsi que sur le contenu et la forme du mémoire de recours sont par ailleurs respectées.

Le recours est donc formellement recevable.

2.1. Conformément à l'art. 49 PA, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité de la décision attaquée. Cette disposition s'applique également aux recours interjetés devant le Comité directeur et auprès du DFI (art. 46 de l'O générale du 19 novembre 1980 concernant les examens fédéraux des professions médicales [OGPM], RS 811.112.1).

Toutefois, selon une pratique constante, tant ces autorités que le Conseil fédéral observent une certaine retenue 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. En pareil cas, elles n'annuleront la décision attaquée que si elle apparaît insoutenable, soit que les experts ont émis des exigences excessives, soit que, sans émettre de telles exigences, ils ont manifestement sous-estimé le travail du candidat (JAAC 45.43, JAAC 50.45).

C'est également l'opinion professée par le TF, appelé à statuer en dite matière sur recours de droit public (ATF 106 la 1, ATF 105 lb 190, ATF 99 la 586).

2.2. Cette retenue n'est cependant admissible qu'à l'égard de l'évaluation proprement dite des prestations fournies. 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 (ATF 106 la 1 et, parmi d'autres, JAAC 45.43 qui se réfère expressément à cette jurisprudence; voir également Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 3e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988, n° 614, p. 111 et n° 635, p. 114). Selon la définition qu'en a donnée le TF, se rapportent à des questions de procédure tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés: «Auf Verfahrensfragen haben alle Einwendungen Bezug, die den äusseren Ablauf des Examins oder der Bewertung betreffen» (ATF 106 la 1 précité). Relève également de la procédure, d'après cet arrêt, le grief selon lequel l'examineur, dans l'attribution des notes, s'est écarté d'une manière contraire à l'égalité de traitement des principes qu'il a observés dans tous les autres cas.

3.1. En l'occurrence, la recourante a fait valoir les griefs suivants: D'une part, en ce qui concerne l'organisation proprement dite de l'examen, elle l'estime discriminatoire, en ce sens qu'elle désavantagerait les candidats du premier groupe sans que la notation tienne compte de ce désavantage. D'autre part, elle se plaint de ce que le matériel fourni lors de l'examen présentait des défauts et/ou était insuffisant (Rotavapor, appareils pour le séchage et la sublimation) et de ce que la matière nécessaire aux tests à effectuer était défectueuse (eau de Brome) ou mise trop tard à disposition des candidats (cristal de signalisation). Enfin, elle conteste la note qui lui a été attribuée pour l'examen destiné à la confection d'une préparation médicamenteuse, car elle ne tiendrait pas compte de ce que la chaux mise à disposition n'était pas vive, fait qu'elle avait pourtant signalé à trois reprises durant l'examen et consigné dans son rapport écrit.

Force est de constater que ces griefs se rapportent essentiellement à la façon dont les épreuves se sont déroulées. Partant, il y

a lieu d'admettre qu'ils relèvent de la procédure. Reste à déterminer s'ils ont été examinés avec pleine cognition conformément à la jurisprudence précitée (cf. consid. 2.2.).

3.2. Dans sa décision, le DFI relève qu'il est difficile à l'autorité de recours de trancher lorsque les parties présentent de manières différentes le déroulement d'un examen et qu'elle doit se limiter à constater si des fautes ou des manquements ont été commis. En pareils cas, ajoute-t-il, à moins que ladite autorité ne se trouve devant un cas d'arbitraire manifeste, elle ne peut que faire confiance aux personnes et aux organes compétents. S'agissant de la discussion en particulier des griefs soulevés par la recourante, il s'est borné à constater qu'en ce qui concerne les allégations au sujet des appareils et des matières mises à la disposition des candidats, les examinateurs les avaient traitées en grande partie dans leurs rapports et que les allégations avancées par un candidat ne valaient pas preuve lorsque l'autorité de recours n'était pas en mesure de lever tous les doutes tenant aux déclarations contradictoires des parties. Pour ce qui est de l'organisation des examens, il s'est également référé aux rapports des examinateurs, desquels il a déduit qu'une conclusion plausible était que le premier groupe de la session d'automne 1988 était faible et qu'au demeurant, le coexamineur pour l'identification des médicaments avait fait remarquer que, si désavantage il y avait, celui-ci était largement compensé par une souplesse dans la notation des candidats.

Il ressort de ce qui précède que le DFI n'a pas fait usage de son plein pouvoir de cognition pour examiner avec toute l'attention requise les griefs de procédure invoqués par la recourante.

4. Selon la jurisprudence, un vice de procédure ne constitue toutefois un motif de recours au sens de l'art. 49 let. a PA justifiant l'admission du recours 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 (JAAC 50.45, JAAC 34.93).

In casu, la recourante fait valoir divers griefs (cf. consid. 3.1) qui ont trait au déroulement de l'examen. Or, en l'état, rien ne permet de dire s'ils sont justifiés puisque l'autorité inférieure s'est contentée de les examiner sous l'angle de l'arbitraire, alors qu'elle disposait d'un plein pouvoir de cognition. En revanche, on ne peut pas nier que ces griefs constituent des indices de nature à influencer sur les résultats de l'examen. Comme il ne s'agit pas d'un vice de procédure purement objectif, point n'est besoin d'examiner s'il s'avère particulièrement grave. Il y a donc lieu d'admettre le recours.

5. Lorsqu'il annule une décision attaquée, le Conseil fédéral peut soit statuer lui-même sur le fond, soit, exceptionnellement, renvoyer l'affaire pour nouvelle décision à l'instance inférieure (art. 61 al. 1er PA). En l'espèce, un renvoi de l'affaire au DFI ne se justifie pas.

Aux termes de l'art. 18 al. 3 de l'O du DFI du 30 juin 1983 réglant les modalités du procédé des examens fédéraux des professions médicales (RS 811.112.18), «l'examineur attribue les sujets d'examen. Il détermine quels moyens auxiliaires sont admis pour permettre l'exécution des travaux et la rédaction du rapport écrit». De l'examen des pièces versées au dossier, il appert de nombreuses contradictions ayant notamment trait aux moyens auxiliaires de sorte qu'il est quasiment impossible de rétablir le déroulement exact des examens incriminés. De plus, comme relevé ci-dessus, on ne peut exclure, contrairement à ce que laisse entendre le DFI, que si manquements il y a eu, ceux-ci aient influé sur les résultats de l'examen. En d'autres termes, ce n'est pas l'appréciation portée par les examinateurs sur les prestations de la candidate qui est remise en cause, mais uniquement les conditions qui ont présidé auxdits examens et qui, comme déjà relevé ci-dessus, auraient pu influencer sur leur résultat.

L'organisation de l'examen portant sur l'identification des médicaments est également sujette à caution. Le DFI ne conteste pas que les candidats du premier groupe ne bénéficient pas des mêmes chances que ceux des groupes suivants. Certes, on peut comprendre qu'en raison notamment du nombre des candidats, il s'avère nécessaire de procéder à une répartition par groupes. Mais il n'en demeure pas moins qu'un tel système peut être source d'inégalité de traitement dans la mesure où le correctif apporté pour pallier ce désavantage est invérifiable. Or, en l'état, rien ne permet d'affirmer qu'il a été tenu compte à satisfaction de droit du désavantage subi par la recourante ni dans quelle mesure. Au demeurant, il sied de souligner que cette méthode d'examen a été modifiée lors de la session d'automne 1989. Le Comité directeur à qui il incombe en vertu de l'art. 3 al. 1er de la LF du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse (RS 811.11), de surveiller les examens et de veiller à l'égalité complète dans la manière de procéder, ne s'est pas expliqué sur les raisons de ce changement.

6. Selon l'art. 64 al. 1er PA, l'autorité de recours peut allouer à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. L'art. 8 al. 4 de l'O du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0) précise que l'indemnité allouée à titre d'honoraires est fixée dans les limites du tarif relatif au recours de droit administratif. L'art. 6 al. 2 du Tarif du 9 novembre 1978 pour les dépens alloués à la partie adverse dans les causes portées devant le TF (RS 173.119.1) prévoit une indemnité de Fr. 200 à 5 000.-. In casu, l'indemnité pour dépens peut être arrêtée, ex aequo et bono, pour toute la procédure de recours à Fr. 3 000.-.

Dokumente des Bundesrates