

(Extrait de la décision sur recours de la Commission de recours DFEP du 2 octobre 1996 dans la cause E. contre Union suisse des fabricants, grossistes et détaillants en appareils acoustiques [Akustika], Hörmittelzentralenkonferenz [HFK] et Fondation centrale SRLS, ainsi qu'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail; 95/4K-040)

Berufsprüfung. Ausstand.

Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG. Ausstandspflicht der Examinatoren.

- Allein aus dem Umstand, dass ein Prüfungsexaminator gleichzeitig Mitglied der Prüfungskommission ist, kann nicht ohne weiteres auf dessen Befangenheit in der Sache geschlossen werden (E. 4.2).

- Unterschiede zwischen der französischen und der deutschen Version einer Bestimmung des Prüfungsreglementes. Auslegung unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität. Es ist der deutschen Version der Vorzug zu geben, da diese lediglich für verfeindete Konkurrenten und nicht - wie die französische Version - für alle Konkurrenten des Prüfungskandidaten die Ausstandspflicht als Prüfungsexperte vorsieht (E. 4.3).

Examen professionnel. Récusation.

Art. 10 al. 1 let. d PA. Récusation des examinateurs.

- Le seul fait qu'un examinateur soit également membre de la Commission d'examen ne signifie pas qu'il a d'emblée une opinion préconçue (consid. 4.2).

- Divergences entre les versions française et allemande d'une disposition du règlement d'examen. Interprétation sous l'angle pratique. Il faut admettre la version allemande, à savoir que seuls les concurrents hostiles («verfeindete Konkurrenten») et non tous les concurrents d'un candidat - comme le prévoit la version française - doivent se récuser en tant qu'examineurs (consid. 4.3).

Esame professionale. Ricusazione.

Art. 10 cpv. 1 lett. d PA. Ricusazione degli esaminatori.

- Il semplice fatto che un esaminatore faccia contemporaneamente parte della commissione esaminatrice non basta a far concludere senz'altro alla sua prevenzione (consid. 4.2).

- Divergenze fra le versioni francese e tedesca di una disposizione del regolamento d'esame. Interpretazione da un punto di vista pratico. Prevalenza della versione tedesca, secondo cui devono ricusarsi, nella loro veste di esaminatori, non tutti i concorrenti di un esaminando - come nella versione francese - bensì unicamente i concorrenti ostili («verfeindete Konkurrenten») (consid. 4.3).

Extrait des faits:

E. s'est présentée aux examens professionnels d'audioprothésistes en automne 1994. Par décision du 17 novembre 1994, la Commission d'examen des audioprothésistes (ci-après: la Commission d'examen) a communiqué à E. qu'elle avait échoué à son examen en raison d'une note insuffisante à la branche «appareils acoustiques» (3,7).

Le 16 décembre 1994, E. a recouru contre la décision de la Commission d'examen auprès de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT; ci-après: l'Office fédéral) qui, par décision du 18 septembre 1995, a rejeté le recours. Il a toutefois invité la Commission d'examen à établir un nouveau certificat des notes en raison du relèvement de la note de la branche «appareils acoustiques» de 3,7 à 3,8, de celle de la branche «otoplastique» de 4,5 à 5,0 et de la moyenne générale de 4,6 à 4,7.

Le 16 octobre 1995, E. défère la décision de l'Office fédéral devant la Commission de recours DFEP. La recourante conteste la notation de l'examen écrit de la branche «appareils acoustiques». De plus, elle prétend qu'un membre de la Commission d'examen ne peut pas fonctionner comme examinateur sans être annoncé comme tel. Elle indique également que sur les vingt-sept personnes présentes à la séance de clôture, huit étaient ses concurrents et, selon le règlement d'examen, devaient s'abstenir de voter.

Extrait des considérants:

(...)

4. La recourante invoque une violation des dispositions sur la récusation contenues dans le règlement d'exécution du 27 juillet 1989 pour les examens professionnels d'audioprothésistes (ci-après: le règlement d'examen; art. 13 et 21). D'une part, elle prétend que tous les examinateurs ne figuraient pas sur la liste publiée avant les examens et qu'ainsi, elle a été empêchée d'exercer son droit de récuser. D'autre part, elle fait valoir que certains examinateurs étaient ses concurrents et, partant, ne pouvaient ni fonctionner comme tels ni voter lors de l'attribution définitive des notes à la séance de clôture. Ces griefs, qui ont trait au déroulement de l'examen, doivent être examinés avec pleine cognition par la commission de céans.

4.1. Selon le règlement d'examen, la liste des examinateurs est publiée vingt et un jours avant le début des examens (art. 13 ch. 2). Une objection éventuelle au sujet des examinateurs doit être adressée au président de la Commission d'examen au plus tard quatorze jours avant le début des examens (art. 13 ch. 3). Les différents examens doivent être jugés par deux examinateurs au moins (art. 15 ch. 1).

S'agissant des examens oraux, la recourante a reçu une liste complète des examinateurs. En revanche, tel n'était pas le cas pour les examens écrits puisque la liste en question ne mentionnait le nom que d'un seul examinateur par branche. Ce faisant, la Commission d'examen ne s'est pas conformée à l'art. 13 ch. 2 du règlement d'examen.

La recourante soutient que les dix personnes suivantes devaient se récuser: Mmes A, B, C et D, MM. E, F, G, H, I et J. Or, parmi ces personnes, cinq figuraient sur les listes publiées et envoyées à la recourante avant les examens: (...). Force est donc de constater que la recourante avait la possibilité de présenter une demande de récusation à l'endroit de ces cinq personnes avant le début des examens.

L'art. 13 ch. 3 du règlement d'examen prévoit qu'une objection éventuelle au sujet des examinateurs doit être adressée au président de la Commission d'examen au plus tard 14 jours avant le début des examens, par écrit, avec indication des motifs. Par courrier du 20 octobre 1994, le secrétariat de la Commission d'examen a transmis aux candidats divers documents, en particulier les listes des examinateurs; dans cette lettre, il était clairement fait référence à la disposition prémentionnée et il était indiqué que les demandes de récusation devaient être déposées auprès de (...). Or elle n'a présenté aucune demande de récusation à l'encontre des cinq personnes prémentionnées avant que ne débutent les épreuves. Selon la jurisprudence, si la demande de récusation n'est pas présentée à temps (en l'occurrence le règlement d'examen prévoit un délai raisonnable de 14 jours), le droit à la récusation est périmé (ATF 121 I 225 consid. 3 et références). Il suit de là que la recourante ne peut plus faire valoir des motifs de récusation à l'égard des cinq personnes précitées.

Il ressort en revanche des pièces du dossier que la recourante n'a pas pu exercer, avant le début des épreuves, son droit à la récusation à l'encontre de Mmes A, B et C et MM. E et J. Par conséquent, il y a lieu d'examiner s'il existe, comme elle le prétend, un motif de récusation à leur endroit.

4.2. En ce qui concerne Mmes A et B et M. E, la recourante fait valoir que ces personnes, en tant que membres de la Commission d'examen, ne pouvaient pas être désignées en même temps comme examinateurs.

Le règlement d'examen n'interdit pas un tel cumul. En outre, on ne voit pas pour quelle raison les examinateurs concernés manqueraient d'objectivité dans l'appréciation des examens du seul fait qu'ils sont membres de la Commission d'examen. Dans ce contexte, il sied de relever que selon la jurisprudence, le fait qu'un candidat, ayant échoué à un examen, soit interrogé une seconde fois par les mêmes experts ne signifie pas qu'il y a d'emblée une «opinion préconçue» au sens de l'art. 10 al. 1 let. d de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; cf. JAAC 42.65). Au demeurant, les travaux écrits rendus par la recourante ne mentionnaient pas son nom mais contenaient un code dont l'identification est restée inconnue aux examinateurs jusqu'à la séance des notes, y compris à M. E, pourtant président de la Commission d'examen.

4.3. La recourante prétend que Mmes A et C et M. J étaient ses concurrents et, à ce titre, devaient d'office se récuser.

Selon l'art. 21 ch. 2 du règlement d'examen, les proches parents, les employeurs actuels, les associés commerciaux ainsi que les concurrents d'un candidat ne peuvent pas fonctionner comme experts aux examens et doivent s'abstenir de voter pour l'attribution ou le refus du certificat. Cependant, les versions française et allemande de cette disposition ne concordent pas en ce sens que le texte allemand recourt à l'expression - plus restrictive - de «verfeindete Konkurrenten» (concurrents hostiles). Pour sa part, la recourante soutient qu'il y a lieu de s'en tenir à la version française.

Le «règlement d'exécution pour les examens professionnels d'audioprothésistes» a été approuvé dans les deux langues par le DFEF. Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, lorsque les textes divergent, le juge doit rechercher quel est le texte «juste»; c'est dire qu'il y a lieu d'interpréter le texte réglementaire (cf. Henri Deschenaux, Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, tome II 1, Fribourg 1969, p. 72 et références; André Grisel, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 126).

Ainsi, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de cette norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment du but de la règle, de son esprit ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose. Cependant, dans le cas particulier, on ne peut guère se fonder sur une interprétation historique, faute de disposer des travaux préparatoires.

Les règles sur la récusation ont pour but de prévenir toute apparence de suspicion et d'éviter toute confusion d'intérêts (Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1993, p. 74). Dans certains cas, la partialité du juge est présumée en raison de circonstances objectives, par exemple, le lien de proximité («judex inhabilis»: cf. Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Berne 1983, p. 55; cf. aussi par exemple l'art. 10 al. 1 let. a à c PA: dans ces cas, la loi présume qu'il y a une opinion préconçue et, partant, déclare inhabile à rendre ou à préparer une décision la personne qui a un intérêt personnel dans l'affaire [let. a] ou qui a des liens de parenté ou d'alliance [let. b] ou encore des rapports de représentation [let. c] avec une partie). Il existe d'autres circonstances qui laissent à penser que la personne appelée à prendre ou à préparer une décision pourrait manquer d'objectivité, par exemple parce qu'elle a manifesté dans la conduite de l'affaire un véritable parti pris ou parce qu'elle se trouve avec une partie dans un rapport d'amitié ou d'hostilité en dehors du procès («judex suspectus»: cf. Gygi, op. cit., p. 56). Pour que l'impartialité d'une personne appelée à rendre ou à préparer une décision soit suspecte, il ne suffit pas qu'il existe dans l'esprit d'une partie un sentiment de méfiance, il faut encore que ce sentiment repose sur des raisons objectives (ATF 119 V 456 consid. 5b, 97 I 91 consid. 2). Doctrine et jurisprudence insistent sur la nécessité d'une justification objective (Jean-François Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, vol. I, Berne 1990, ad. art. 23, p. 123 et références). Le simple risque de prévention suffit toutefois et, comme l'inobjectivité est un état intérieur, la jurisprudence n'est pas trop exigeante quant à la preuve de son existence (ATF 105 la 157 consid. 4b). Cependant, Poudret (op. cit., p. 124 et références) remarque qu'il ne faut pas admettre un tel risque trop facilement afin d'éviter de compromettre le fonctionnement normal des instances appelées à rendre des décisions (ATF 105 lb 126 consid. 3).

A teneur de l'art. 21 ch. 2 du règlement d'examen, il y a présomption de partialité des personnes appelées à se prononcer sur les résultats d'un examen ou/et sur l'attribution ou le refus du certificat lorsqu'elles sont les proches parents, les employeurs actuels, les associés commerciaux ou les concurrents d'un candidat. Dans de tels cas, le juge est frappé d'inhabilité et point n'est besoin de prouver qu'en raison de ces liens, il y a un risque de prévention ou, en d'autres termes, d'inobjectivité. Or si l'on admettait que l'art. 21 ch. 2 du règlement d'examen visait tous les concurrents, comme le soutient la recourante, et pas seulement les concurrents hostiles, on risquerait de compromettre gravement le fonctionnement normal des instances spécialisées appelées à rendre des décisions dans ce domaine. En effet, comme le remarquent pertinemment les instances inférieures, dans un secteur professionnel plutôt restreint et, qui plus est, dans une région linguistique limitée, les rapports de concurrence directe sont pratiquement inévitables. Cela signifie que s'il fallait systématiquement écarter du collège des examinateurs tous les concurrents potentiels audioprothésistes d'un candidat, il serait extrêmement difficile d'organiser des examens dans cette profession. C'est dire que si l'on s'en tient à la version française, on aboutit sous l'angle pratique à un résultat inacceptable: l'interprétation sous l'angle pratique donne donc la préférence au texte allemand (dans l'ATF

100 IV 255 consid. 1e, le TF note: «Entscheidend ist, dass bei der Gesetzesauslegung eine Lösung anzustreben ist, die ist (BGE 96 I 605 E. 4). Zumindest darf die Lösung nicht in der Praxis völlig unannehmbar sein (BGE 83 IV 128)»; cf. également Grisel, op. cit., vol. I, p. 138). Une telle interprétation n'est pas contraire à l'art. 4 Cst.: comme le relève le TF à propos d'une commission d'examen pour le brevet d'avocat, l'exigence, découlant de l'art. 4 Cst., d'une autorité indépendante et impartiale n'est pas violée par le fait que des avocats pratiquants fonctionnent comme experts à l'examen des candidats au barreau (ATF 113 Ia 286 consid. 3a: «Die blosse Möglichkeit, dass ein Kandidat, der die Prüfung besteht, später in ein Konkurrenzverhältnis zu den ihn prüfenden Anwälten treten könnte, führt noch nicht zu einer Interessenkollision und lässt nicht generell auf eine Befangenheit schliessen»).

4.4. Il appert de ce qui précède que seuls les concurrents hostiles peuvent faire l'objet d'une récusation. Des pièces versées au dossier ainsi que des déclarations de la recourante, il ressort qu'aucune des personnes prémentionnées ne remplit les conditions prévues à l'art. 21 ch. 2 du règlement d'examen. Au demeurant, la recourante ne fait état d'aucun indice ou élément concret qui laisserait penser qu'il s'agit en l'espèce de concurrents hostiles.

5. Dans son mémoire de recours du 16 décembre 1994 déposé auprès de l'Office fédéral, la recourante a notamment fait valoir qu'une erreur de calcul avait été commise en ce qui concerne la note de la branche «otoplastique» et qu'il y avait lieu de lui attribuer la note 5,0 au lieu de 4,5, ce qui avait pour conséquence de relever la moyenne générale de 4,6 à 4,7. Dans sa prise de position du 10 février 1995, la Commission d'examen, par son président, a reconnu son erreur et a proposé de relever la note de la branche «otoplastique» de 4,5 à 5,0; de même, dans sa duplique du 29 août 1995, compte tenu des avis divergents des spécialistes sur certaines réponses litigieuses, ladite commission, toujours par son président, a proposé concernant la branche «appareils acoustiques» de rehausser la note du questionnaire à choix multiple de 3,0 à 3,5 mais de maintenir à 4,0 celles de l'examen écrit et de l'examen oral, la note de branche passant ainsi de 3,6 à 3,8. Dans la décision attaquée, l'Office fédéral a rejeté le recours mais a tenu compte des modifications proposées par la Commission d'examen, l'invitant à «établir un nouveau certificat des notes avec la note 5,0 dans la branche, la note 3,8 dans la branche et la moyenne générale 4,7» (ch. 1 du dispositif).

Conformément à une jurisprudence constante, l'objet du litige dans une décision en matière d'examen est la délivrance ou non du diplôme au candidat. Quant aux notes, elles constituent la motivation de la décision[2]. Dès lors, la question se pose de savoir si l'Office fédéral pouvait modifier dans le dispositif de sa décision les notes attribuées par la Commission d'examen. Toutefois, cette question peut être laissée ouverte du moment que le recours doit être admis pour un autre motif.

6. Il appartient à un collège, composé des membres de la Commission d'examen et des examinateurs, de décider de l'octroi ou non du certificat aux candidats (art. 21 ch. 1 du règlement d'examen).

6.1. Dans une décision du 9 mars 1994, la Commission de recours DFEP a estimé que, lorsque des examinateurs proposent de corriger des notes après que le collège a pris sa décision - notamment dans le cadre d'une procédure de recours - et qu'il en résulte une nouvelle situation de fait importante pour le candidat, la Commission d'examen est tenue de réunir à nouveau l'ensemble du collège afin d'entendre les examinateurs et de prendre une nouvelle décision (REKO/EVD 94/4K-003 consid. 3.3, in JAAC 59.77).

6.2. En l'espèce, la recourante conteste la note de la branche «appareils acoustiques», laquelle est répartie en trois notes de position (examen écrit, examen oral, questionnaire à choix multiple). L'Office fédéral a relevé de 3,0 à 3,5 la note de position du questionnaire à choix multiple, la note de branche passant de 3,7 à 3,8 ($4,0 + 4,0 + 3,5 = 11,5$). Il a également rehaussé la note de la branche «otoplastique» de 4,5 à 5,0. Ces deux modifications ont entraîné une augmentation de la moyenne générale de 4,6 à 4,7.

Force est de constater que la situation de la recourante s'est sensiblement modifiée. Un relèvement de 0,5 point d'une seule note de position de la branche contestée (appareils acoustiques) suffirait en effet pour que la recourante obtienne 4,0 à cette branche et, partant, reçoive le certificat. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la nouvelle situation de la recourante constitue un cas limite (cf. à ce sujet la jurisprudence de la Commission de recours DFEP, in JAAC 59.77 consid. 3.2).

Il ne ressort pas du dossier que le collège de la Commission d'examen et des examinateurs a siégé pour se déterminer sur la nouvelle situation de la recourante. Au vu de ces circonstances, l'Office fédéral ne pouvait pas prendre une décision sans l'avis préalable du collège compétent. Partant, il a violé l'art. 21 ch. 1 du règlement d'examen.

Or il n'est pas exclu que ce vice de procédure ait exercé une influence défavorable sur le résultat de l'examen (JAAC 50.45, 47.35, 34.93, 45.43). En effet, l'Office fédéral n'était pas en mesure de décider que le collège, après avoir eu connaissance des notes corrigées, n'aurait de toute façon pas arrondi la note de la branche litigieuse. Il était donc tenu d'inviter la Commission d'examen à réunir une nouvelle fois le collège et à prendre une nouvelle décision sur l'octroi ou non du certificat à la recourante. Ainsi, dans la mesure où il n'est pas exclu que les membres du collège prennent une autre décision au regard des nouvelles notes, l'affaire doit être renvoyée à la Commission d'examen.

(La Commission de recours DFEP admet le recours, annule la décision de l'Office fédéral et celle de la Commission d'examen et renvoie l'affaire pour nouvelle décision à la Commission d'examen en l'invitant à se prononcer sur l'octroi ou le refus du brevet fédéral d'audioprothésiste à la recourante au vu des éléments nouveaux apparus en cours de procédure devant l'Office fédéral et du cas limite qui en résulte)

[2] Voir aussi N° 31 consid. 3.2.1, ci-dessus p. 328; N° 35 consid. 5, ci-dessous p. 363; N° 37 consid. 2.3, ci-dessous p. 380.

Dokumente der REKO/EVD