

CONSIDÉRANT :**En fait**

A. X. _____ (ci-après : la recourante) a débuté le cursus du Bachelor en droit au semestre [aaa].

B. La recourante a obtenu la note de 3 à l'examen de [bbb] en juin 2017 et la note de 1.5 en septembre 2017. Elle s'est présentée en troisième tentative à cet examen en janvier 2018.

C. Par décision du 16 février 2018, la recourante a été éliminée du cursus du Bachelor en droit. Cette décision est motivée par l'obtention de la note de 3, en troisième tentative, à l'examen de « [bbb] » qui conduit à la situation d'échec définitif et éliminatoire de la recourante.

D. Par mémoire du 20 mars 2018, la recourante a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission de recours en matière d'examens de l'Université de Neuchâtel (ci-après: la Commission de recours) et pris les conclusions suivantes :

« *A titre liminaire :*

1. *M'octroyer l'assistance judiciaire.*
2. *Accorder l'effet suspensif au présent recours.*

Principalement :

3. *Annuler le procès-verbal du 16 février 2018 m'attribuant la note de 3 à l'examen de [bbb].*
4. *Annuler la Décision d'élimination du cursus du Bachelor of Law du 16 février 2018.*
5. *M'accorder une note suffisante à l'examen de [bbb], ou à tout le moins une note me permettant de ne pas être exclue des études de Bachelor of Law.*
6. *Par conséquent, ne pas m'éliminer du cursus du Bachelor of Law.*

Subsidiairement :

7. *Annuler le procès-verbal du 16 février 2018 m'attribuant la note de 3 à l'examen de [bbb].*
8. *Annuler la Décision d'élimination du cursus du Bachelor of Law du 16 février 2018.*
9. *Me permettre d'à nouveau me présenter en troisième passation à l'examen de [bbb].*

10. *Par conséquent, ne pas m'éliminer du cursus du Bachelor of Law.*

En tout état de cause :

11. *Avec suite de frais et dépens, sous réserves des règles en matière d'assistance judiciaire. »*

Elle fait valoir en substance qu'elle s'est présentée en troisième passation à l'examen oral de [bbb] le [xxx] ; qu'elle devait répondre à trois questions ; qu'elle a préféré commencer par la question no 2 ; qu'elle a été interrogée sur un arrêt de la Cour de justice (arrêt Piraiki-Patraiki) qui ne figurait pas dans la liste des arrêts à étudier ; qu'elle ne connaissait pas cet arrêt ; que la Professeure A. _____ a insisté sur la question no 2 et ledit arrêt ; qu'elle n'a ainsi pas eu l'occasion de répondre aux deux autres questions et qu'elle a obtenu la note de 3. Elle invoque qu'il est arbitraire de se baser sur une seule question pour juger de sa prestation à l'examen et que partant sa note procède d'une constatation inexacte des faits pertinents ; que la jurisprudence Piraiki-Patraiki n'était pas une matière de l'examen ; que sa note d'examen a été essentiellement influencée par la question liée à cette jurisprudence ; que l'autorité a ainsi abusé de son pouvoir d'appréciation en se fondant sur des considérations étrangères à la matière de l'examen pour lui attribuer la note de 3 ; que les explications qui lui ont été fournies par la Professeure A. _____ suite à son examen sont insuffisantes et que son droit à une décision motivée a été violé ; qu'elle a reçu un renseignement de l'assistante-doctorante de la Professeure A. _____ quant à la jurisprudence à étudier ; que parmi cette jurisprudence ne figurait pas l'arrêt Piraiki-Patraiki ; qu'elle a ainsi reçu un renseignement erroné d'une autorité et doit être protégée dans sa bonne foi ; que le résultat qu'elle a obtenu est arbitraire et qu'elle n'a pas pu bénéficier de temps supplémentaire contrairement à certains de ses camarades ce qui constitue une inégalité de traitement.

E. Par décision du 24 mai 2018, la Commission de recours a rejeté la requête d'assistance en matière administrative déposée par la recourante.

F. Le 10 septembre 2018, le doyen de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a déposé des observations. Il explique que la matière étudiée en droit institutionnel européen était décrite dans le plan du cours, lequel énumère les supports de cours, la réglementation, la jurisprudence et les slides powerpoint disponibles sur la plate-forme « Moodle », et présente la matière scindée par semaine avec les lectures préparatoires exigées des étudiants ; que l'examen oral de la recourante était co-administré par les Professeurs B. _____ et A. _____, C. _____ fonctionnant en qualité d'experte ; que la recourante a été interrogée sur le cas no 8 qui portait sur le prélèvement de taxes douanières et comportait trois questions à résoudre et qu'elle a obtenu la note de 3. Il estime

que les griefs de la recourante n'ont aucun rapport avec une constatation inexacte des faits pertinents mais relèvent d'une appréciation personnelle des faits ; que partant les Professeurs A. _____ et B. _____ n'ont pas procédé à une constatation inexacte des faits pertinents ; que l'arrêt Piraiki Patraiki figurait sur l'un des slides powerpoint du cours et faisait donc partie intégrante de la matière à réviser ; qu'ainsi aucun abus du pouvoir d'appréciation n'a été commis. Il se réfère aux déterminations communes des professeurs quant à la motivation de l'attribution de la note de 3 et considère que le droit d'être entendu de la recourante n'a pas été violé. Il se réfère également aux déterminations susmentionnées pour considérer que le principe de la bonne foi n'a pas été violé et qu'aucune violation du principe d'égalité de traitement n'a été commise. Il conclut dès lors au rejet du recours.

G. Les observations des Professeurs A. _____ et B. _____ ont été jointes à celles du doyen. Ceux-ci expliquent que la question no 8 tirée par la recourante portait sur les accords internationaux et le recours en annulation ; que les points à étudier pour être capable de répondre à cette question ont été présentés en cours et figuraient dans les supports de cours ; que la recourante a bénéficié de 15 minutes de préparation lors de l'examen oral ; qu'elle a préféré commencer par traiter la question b) avant la question a) ; qu'elle n'a pas pu expliquer pourquoi les accords OMC sont dépourvus d'effet direct ; qu'elle a passé à la question c) ; qu'elle y a donné une réponse incorrecte ; que la question c) était liée à la question a.iii) ; que la Professeure A. _____ l'a donc dirigée vers cette question ; que la recourante a donné un élément de réponse incorrect ; que la suite de l'examen s'est déroulé de manière entièrement guidée car la recourante s'égarait ; que cette dernière a donné de nombreuses réponses lacunaires, voire erronées ; qu'elle a obtenu un point sur deux à la question b), zéro point sur un à la question c) et un point sur deux à la question a) et qu'additionnés au point de présence, elle a ainsi obtenu la note de 3. En résumé, la recourante a donné une réponse correcte à la question b) mais sans pouvoir motiver sa réponse et sans pouvoir expliquer l'arrêt Portugal/Conseil, lequel figurait pourtant dans le polycopié de jurisprudence 2017. Elle a donné une réponse non pertinente à la question c). Elle a également répondu par des affirmations lacunaires ou erronées à la question a.iii). En effet, elle « a soutenu d'abord que l'entreprise HP était un requérant privilégié (erreur grave), puis a affirmé que l'entreprise HP serait destinataire du règlement, et ensuite que cette entreprise serait directement concernée, et enfin que le cas d'espèce ne comporterait aucune mesure d'exécution. La recourante a été incapable de lire et d'appliquer l'article 263 TFUE au cas d'espèce. Elle a été incapable de distinguer les trois hypothèses de qualité pour agir pourtant expressément énoncées à l'art. 263 al. 4 TFUE. Elle ignorait le sens de notions basiques comme « actes réglementaires », « mesures d'exécution »,

« *directement concerné* » ou « *individuellement concerné* ». La notion d'acte réglementaire est analysée dans l'arrêt Inuit et la notion d'individuellement concerné est fondée sur l'arrêt Plaumann, qui figurent tous deux dans le polycopié de jurisprudence.

H. Les observations de la faculté ainsi que les pièces littérales y relatives ont été adressées à la recourante par courrier du 19 septembre 2018 pour éventuelles observations complémentaires dans les 10 jours.

I. La recourante a déposé, par le biais de son mandataire et dans le délai prolongé au 17 décembre 2018, des observations complémentaires. Elle estime que le déroulement de l'examen l'a perturbée ; que la notation était sévère ; qu'elle aurait dû obtenir deux points ou en tous les cas un et demi à la question b) et que la note finale de 3,5 aurait à tout le moins dû lui être accordée, de sorte qu'elle aurait pu bénéficier de la procédure visée par l'article 42 du Règlement d'études et d'examens de la faculté de droit (RSN 416.330 ; ci-après : REE). La recourante se prévaut d'une violation de l'article 42 REE. Elle estime que la pratique de la faculté de droit, selon laquelle un étudiant est repêché si la moyenne de ses notes n'est pas inférieure à 4, s'il n'a pas bénéficié d'un premier repêchage et si la note de son examen éliminatoire n'est pas inférieure à 3,5, viole le principe de la légalité, lequel doit primer sur la pratique des autorités. Selon elle, cette violation doit entraîner le renvoi à l'autorité de première instance. La recourante se prévaut également d'une violation de l'article 39 REE, estimant que le jury ne devrait pas comprendre l'assistant du professeur titulaire de l'enseignement. Elle requiert encore la production par le décanat du procès-verbal de la consultation prévue à l'article 42 REE la concernant et les procès-verbaux de la consultation prévue à l'article 42 REE concernant D._____.

En droit

1. Conformément aux articles 98, 99 et 101 de la loi sur l'Université du 2 novembre 2016 (ci-après : LUNE), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, les recours des étudiants en matière d'examens relèvent de la compétence de la Commission de recours. La loi sur la procédure et la juridiction administrative (ci-après : LPJA) est applicable. La Commission de recours traite des recours contre des décisions en matière d'examens prises par une faculté, une de ses subdivisions ou le Rectorat (art. 5 de l'arrêté du Conseil d'Etat du 13 septembre 2017 réglant la composition, le fonctionnement et la procédure devant la Commission de recours ; ci-après : RCRUN).

Déposé dans les formes et délai légaux, le recours de X._____ du 20 mars 2018 est formellement recevable. Destinataire de la décision attaquée et directement touchée par elle, X._____ a qualité pour recourir.

2. a) La recourante se plaint de l'absence de décision motivée, soit implicitement que son droit d'être entendu aurait été violé.

Tel qu'il est garanti par l'article 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable d'obtenir une décision complète et impose à l'autorité de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (ATF 138 IV 81 cons. 2.2 ; ATF 134 I 83 cons. 4.1). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF du 04.10.2016 [2C_61/2016] cons. 3.1).

La jurisprudence admet qu'en matière d'examens, surtout oraux, le respect du droit d'être entendu et le devoir de motivation sont moins stricts que dans d'autres cas. Ainsi dans ce domaine, le droit d'être entendu n'implique pas qu'un candidat puisse s'exprimer sur ses prestations avant une décision négative au sujet de cet examen. Le droit de consulter le dossier ne peut donc servir au candidat qu'à comprendre le jugement porté sur son travail ou à motiver un recours formé contre cette décision (arrêt du TF du 26.04.2010 [2D_77/2009] cons. 2 ; décision du Département de l'éducation et de la famille [NE] du 01.02.2017 [REC.2016.208] cons. 4.2 et les réf.). La non-remise de documents internes, comme les grilles de corrections, l'échelle des notes ou les notes personnelles des examinateurs lors des examens oraux, ne viole pas le droit d'être entendu des candidats, à condition que ceux-ci aient été en mesure de comprendre l'évaluation faite de leur travail (arrêts du TF du 23.01.2015 [2D_54/2014] cons. 5.3, du 06.11.2012 [2D_25/2012] cons. 3.4 et du 11.06.2012 [2D_71/2011] cons. 2.1). Ainsi, à défaut de fournir une grille de correction, l'autorité doit indiquer au candidat, même oralement, mais au moins de manière succincte, les défauts qui entachent ses réponses et les solutions correctes qui étaient attendues de lui (arrêts du TF du 06.02.2015 [2C_646/2014] cons. 2.1 et du 02.04.2012 [2D_65/2011] cons. 5.1).

La violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux

de la partie lésée ; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 cons. 2.8.1 ; 137 I 195 cons. 2.3.2 ; 136 V 117 cons. 4.2.2.2 ; 133 I 201 cons. 2.2).

b) En l'espèce, la recourante a été reçue à un premier entretien le 19 février 2018 par C._____, l'assistante ayant fonctionné en qualité d'experte durant son examen, puis à un deuxième entretien par la Professeure A._____ le 22 février 2018. Selon la Professeure A._____, le deuxième entretien a duré plus d'une heure et elle lui a expliqué la répartition des points entre les trois questions a-b-c. Dans leurs observations, les Professeurs A._____ et B._____ ont minutieusement décrit le déroulement de l'examen de la recourante, en expliquant les réponses données par cette dernière, les réponses qui étaient attendues et la répartition des points ayant entraîné la note de 3. Si tant est que les deux entretiens susmentionnés n'ont pas été suffisants à la recourante pour comprendre le jugement porté à sa prestation orale, les explications fournies par les professeurs dans le cadre de la présente procédure lui permettent de comprendre, pour reprendre ses termes, sur « *quelles parties de mon examen ma note s'est basée* » et cas échéant de développer la motivation de son recours, ce qu'elle a fait par des observations complémentaires du 17 décembre 2018. Le grief est donc mal fondé.

3. a) Le pouvoir d'examen de la Commission de recours se limite au contrôle des faits et du droit, à l'exclusion de l'opportunité. Selon une jurisprudence constante, les autorités de recours appelées à statuer en matière d'examens 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 (arrêt du TF du 27.08.2013 [2C_489/2013] cons. 3.2 ; ATF 121 I 225 cons. 4b ; ATF 118 la 488 cons. 4c ; Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2003, p. 722 ss ; Knapp, Précis de droit administratif, 1991, n. 614). En effet, l'évaluation des épreuves requiert le plus souvent des connaissances particulières dont l'instance de recours ne dispose pas (ATF 119 la 488 cons. 4c). Cette retenue s'impose également dans les cas où l'autorité de recours serait en mesure de se livrer à une évaluation plus approfondie en raison de ses connaissances professionnelles sur le fond, en matière d'examens de droit par exemple (ATF 131 I 467 cons. 3.1 ; ATF 121 I 225 cons. 4b). De plus, de par leur nature, les décisions en matière d'examens ne se prêtent que difficilement à un contrôle subséquent, étant donné que l'instance de recours ne connaît pas tous les facteurs d'évaluation et n'est, en règle générale, pas à même de juger de la qualité ni de l'ensemble des épreuves du recourant ni

de celles des autres candidats. Un libre examen des décisions en matière d'examens pourrait ainsi engendrer des inégalités de traitement (arrêt du TAF du 25.01.2007 [B-2202/2006] cons. 3 et les réf.). L'autorité de recours n'examine, de manière approfondie, les griefs relatifs à l'évaluation d'une prestation d'examen que s'ils sont soutenus par des arguments objectifs et des moyens de preuve correspondants susceptibles de démontrer que les appréciations de la première instance sont insoutenables, les exigences trop élevées ou les prestations manifestement sous-évaluées. Le seul fait de prétendre qu'une autre solution est possible, que l'avis du jury d'examen ou qu'un corrigé est erroné ou incomplet, ne satisfait pas à ces exigences (arrêt du TAF du 23.08.2016 [B-7315/2015] et les réf.). La retenue dans le pouvoir d'examen n'est toutefois admissible qu'à l'égard de l'évaluation proprement dite des prestations (arrêts du TF du 06.02.2015 [2C_646/2014] cons. 3 et du 23.01.2015 [2D_54/2014] cons. 5.6 et les réf.). En revanche, lorsque la contestation porte sur l'interprétation et l'application de prescriptions légales ou sur des vices de procédure, l'autorité de recours doit examiner les griefs soulevés avec pleine cognition, sous peine de déni de justice formel. Se rapportent notamment à des questions de procédure tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés (ATF 106 la 1 cons. 3c ; arrêt du TAF du 14.04.2008 [B-6078/2007] cons. 3.3 ; arrêt du TAF du 25.01.2007 [B-2202/2006] cons. 3 et les réf. ; Plotke, op. cit., p. 725 ss ; Egli, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfällen : Aktuelle Entwicklungen, in : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 112/2011, p. 538 ss). En matière d'examens écrits, le contrôle formel exercé par des commissions de recours est facilité par la production des travaux, leur évaluation notée, les échelles de notes. Elle est plus complexe en matière d'examens oraux, où souvent, la motivation d'un échec est elle aussi orale et fréquemment sans procès-verbal autre que la communication de la note.

b) Dans son recours, la recourante se fonde sur les mêmes arguments pour soulever les griefs de constatation inexacte des faits pertinents, d'abus du pouvoir d'appréciation, de violation du principe de la bonne foi et de violation de l'interdiction de l'arbitraire : elle allègue qu'elle n'a été interrogée que sur une seule question, que sa note est donc basée uniquement sur cette question et que cette question reposait sur l'arrêt Piraiki-Patraiki, lequel ne figurait pas dans la matière d'examen. Dans ses observations complémentaires, la recourante admet implicitement avoir pu traiter plusieurs questions – et non une seule – puisqu'elle conteste les points qui lui ont été attribués pour deux questions. Elle ne revient pas sur l'influence de l'arrêt Piraiki-Patraiki sur sa note. Avant d'examiner chaque grief plus spécifiquement, la Commission de recours résume d'ores et déjà le déroulement de l'examen et son évaluation tels que présentés par les Professeurs A._____ et B._____.

c) Selon les observations très détaillées des Professeurs A. _____ et B. _____, la question tirée par la recourante portait sur « *le prélèvement d'une taxe douanière, fixée par le règlement européen concernant le tarif douanier commun, lors de l'importation d'écrans par l'entreprise HP. Selon HP, la taxe prévue par le règlement était contraire à un accord international (ATI), conclu par l'UE dans le cadre de l'OMC, qui supprimait les taxes douanières pour ce type de produit. L'énoncé du cas comportait 8 lignes, suivies de 3 questions (a-b-c) destinées à guider l'étudiant dans la résolution du cas* ». Cette question portait sur les accords internationaux et le recours en annulation (ch. 10). La recourante a préféré commencer par la question b – qui correspond apparemment à la question 2 dans les écritures de la recourante (ch. 24) –. Selon les professeurs, elle a donné une réponse incomplète ne parvenant pas à expliquer pourquoi les accords OMC sont dépourvus d'effet direct (ch. 14). Elle a passé à la question c sans pouvoir y répondre (ch. 15). La Professeure A. _____ l'a alors dirigée vers la question a.iii. Elle y a donné un élément de réponse correct puis a commis une grave erreur (ch. 16). La suite de l'examen s'est déroulée de manière entièrement guidée (ch. 16). La question a.iii avait trait à la qualité pour recourir en annulation de HP contre le règlement douanier. L'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a alors été examiné. La notion de « directement et individuellement concerné » par un règlement a été abordée. La recourante n'est pas parvenue à expliquer cette notion de façon théorique. Le Professeur B. _____ lui a alors demandé si elle connaissait un exemple jurisprudentiel s'agissant de la notion « directement concerné » par un règlement, son but étant de l'aider à trouver la définition de cette notion. Elle a répondu que non. Il s'agissait de l'arrêt Piraiki-Patraiki (ch. 16 et 25). Selon les professeurs, la condition « directement concerné » est exposée dans le manuel de Marianne Dony qui est l'un des supports du cours et est détaillée sur le slide no 20 du cours. La connaissance de l'arrêt Piraiki-Patraiki n'était donc pas nécessaire pour répondre à la question (ch. 25).

4. S'agissant du grief de constatation inexacte des faits, la recourante allègue qu'elle n'a été interrogée que sur une question, de sorte que les faits sur la base desquels une appréciation a été donnée à sa prestation en matière de [bbb] ont été établis de manière manifestement inexacte. Dans ses observations complémentaires, elle admet cependant avoir répondu à plusieurs questions puisqu'elle remet en cause les points obtenus (cf. cons. 3b). Ce grief est donc rejeté.

5. La violation du principe de la bonne foi est invoquée par la recourante. Cette dernière estime avoir été interrogée sur l'arrêt Piraiki-Patraiki alors qu'il ne figurait pas dans la liste de jurisprudence faisant partie de la matière de l'examen. Or, elle a obtenu l'assurance, par l'assistante C. _____, de ne pas être interrogée sur des arrêts ne figurant pas dans le polycopié de jurisprudence et le plan du cours.

En vertu du principe de la protection de la bonne foi ancré aux articles 5 al. 3 et 9 Cst., le justiciable qui se fie à une indication erronée venant d'une autorité ne doit subir aucun préjudice (ATF 131 II 627 cons. 6.1).

Dans un courriel du 16 janvier 2018, C._____ précise que « *pour la jurisprudence (comme un exemple), vous êtes censé étudier les cas mentionnés dans le document concerné sur Moodle, i.e. 04_Polycopie_jurisprudence_DEI_2017 où vous trouverez le résumé des cas ou autrement dit ce que vous devez savoir pour chaque cas* ». L'arrêt ne figure effectivement pas dans le polycopié de jurisprudence et ce fait est admis par les professeurs. En revanche, l'arrêt figure sur les slides no 20 « *directement concerné* » et 25 « *Piraiki-Patraiki 11/82* » préparés par la Professeure A._____ et lesdits slides font partie des supports du cours. La notion de « *directement concerné* » est également traitée dans le manuel de Marianne Dony, ce manuel étant également l'un des supports du cours.

Selon les déclarations des professeurs, ce n'est pas l'ignorance de cet arrêt qui a été déterminante mais bien l'incapacité de la recourante à définir la notion de « *directement concerné* ». La recourante n'a pas allégué qu'elle serait parvenue à définir cette notion. Les supports de cours traitaient de cette notion et elle devait ainsi la connaître. La connaissance de cet arrêt, mentionné à deux reprises dans les slides, aurait simplement pu l'aider à maîtriser cette notion et une pointe de curiosité aurait pu l'amener à le parcourir. Partant, ce grief est rejeté.

6. Une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité précédente semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (arrêt du TF du 11.09.2018 [2D_8/2018] cons. 5.1 et les réf.).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 cons. 5.1 et les réf.).

La recourante se plaint d'un abus du pouvoir d'appréciation dans l'évaluation de son examen estimant que sa note est basée principalement sur la question b et l'arrêt Piraiki-Patraiki ainsi que d'arbitraire estimant à nouveau que sa note est basée principalement sur

la question b. Se déterminant sur les observations du décanat, le mandataire de la recourante a précisé ce qui suit : « à la lecture des observations, on constate avec surprise que bien que l'étudiante ait majoritairement répondu correctement à la question b), elle a perdu la moitié des points (1/2), uniquement car elle n'aurait pas pu fournir la justification attendue par l'enseignante. Cette notation sévère est d'autant plus incongrue que sur la question a) à laquelle l'étudiante aurait répondu de manière lacunaire, elle a également obtenu 1 point sur 2. La recourante considère que cette notation est arbitraire. En effet, elle considère avoir correctement et spontanément répondu à la question b) ce qui lui aurait valu l'ensemble des points, ou à tout le moins, 1,5/ points [sic]. Quant à la question a), elle estime ne pas avoir eu suffisamment de temps pour y répondre en raison du temps que lui a fait perdre le Prof. B. _____ en lui commentant un arrêt qui ne devait pas être étudié ».

En tenant compte du pouvoir d'appréciation des professeurs et des explications qu'ils ont fournies à la recourante sur ce qui était attendu, et de la retenue que la Commission de recours doit s'imposer dans son examen (cf. cons. 3), les professeurs doivent être suivis lorsqu'ils exposent que la réponse à la question b de la recourante était incomplète. Elle a affirmé que l'accord international ATI est dépourvu d'effet direct, affirmation correcte, mais n'a pas su en expliquer la raison. Il n'est pas sévère de n'allouer qu'un point sur deux. Quant à la question a.iii, la recourante ne conteste pas les explications données par les professeurs. Il apparaît ainsi qu'elle a estimé que l'entreprise HP était un requérant privilégié, ce qui n'était pas correct ; qu'elle a ensuite répondu que l'entreprise HP était « directement concernée », ce qui était à nouveau une erreur ; qu'elle n'a pas su définir la notion de « directement concerné » – la question du professeur B. _____ concernant l'arrêt Piraiki-Patraiki n'ayant servi qu'à tenter de l'aiguiller – ; qu'elle n'a pas su définir la notion de « individuellement concerné », notion traitée notamment dans les arrêts Plaumann et Inuit, lesquels figuraient bien dans le polycopié de jurisprudence. L'octroi d'un point sur deux n'est donc pas injustifié.

En définitive, aucun élément ne permet de penser que les lacunes constatées dans les réponses de la recourante puissent découler d'appréciations arbitraires ou de questions étrangères à la matière du cours. Ses griefs sont rejetés.

7. Une décision ou un arrêt viole le principe d'égalité de traitement consacré à l'article 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à

une situation de fait importante (arrêt du TF du 11.09.2018 [2D_8/2018] cons. 6.1 et les réf. citées). Un étudiant ne peut exiger que les modalités d'examen ne changent pas d'une année à l'autre. L'égalité de traitement n'empêche en outre pas un changement de pratique, ni ne permet de remettre en cause une décision précédente (Geissbühler, Les recours universitaires, 2016, nos 398 s. et les réf.).

La recourante admet avoir bénéficié du temps réglementaire de 15 minutes pour son examen mais estime que les professeurs auraient dû lui accorder un peu plus temps, temps qu'ils ont accordé à d'autres étudiants. Selon elle, « *il est bien connu que, lors de nombreux examens oraux, notamment ceux passés avec la Professeure A. _____, les étudiants peuvent disposer d'une dizaine de secondes supplémentaires, voire d'une minute ou deux, afin de terminer leur examen et de pouvoir boucler leur raisonnement* ». La Professeure A. _____ a admis avoir, par le passé, accordé plus de temps aux étudiants mais que cette pratique avait cessé.

Les examens oraux durent en principe 15 minutes (art. 39 al. 1 REE). La recourante ne démontre pas que durant cette session, les autres étudiants s'étant présentés à l'examen de [bbb] auraient bénéficié de plus de 15 minutes. De plus, même si tel avait été le cas, la recourante ne pourrait s'en plaindre que si elle pouvait démontrer qu'il s'agit d'une pratique appliquée à tous sauf à elle, ce qu'elle ne démontre pas. Partant, le grief d'inégalité de traitement est écarté.

8. En matière d'examens oraux, l'article 39 al. 3 REE prévoit qu'ils se déroulent devant un jury formé de la personne titulaire de l'enseignement concerné et d'un membre du corps professoral ou du corps intermédiaire ou d'un expert ou d'une experte externe. En cas d'empêchement de la personne titulaire de l'enseignement, le décanat désigne un remplaçant et peut faire appel à un membre du corps professoral d'une autre université.

La recourante estime que cette disposition doit être interprétée en ce sens que le membre du corps intermédiaire ne devrait pas être l'assistant du professeur titulaire de l'enseignement. Cela ayant été le cas en l'espèce, la décision dont est recours doit être annulée. La recourante semble donc invoquer implicitement les principes de la récusation. Elle ne prétend cependant pas – et n'apporte aucun élément susceptible d'établir – que l'assistante C. _____ aurait fait preuve de partialité à son égard.

Les exigences en matière de récusation ne sont pas identiques, même si elles sont similaires, s'agissant d'une autorité judiciaire ou d'une autorité exécutive. La faculté pour une partie de demander la récusation d'un juge dans certaines conditions tend à protéger le droit garanti notamment par les articles 6 § 1 CEDH et 30 al. 1 Cst. à toute personne de voir sa cause jugée par un tribunal indépendant et impartial. Pour l'autorité exécutive, ces

exigences découlent de l'article 29 Cst. En substance, les règles sont plus souples pour l'ordre exécutif que pour l'ordre judiciaire. Un motif de récusation doit cependant être invoqué dès que possible, à défaut de quoi le justiciable est réputé avoir tacitement renoncé à s'en prévaloir. L'intéressé peut juger si son droit à la composition régulière de l'autorité et à un jugement impartial est respecté dès qu'il a connaissance de l'identité des membres composant l'autorité. La partie ne saurait garder en réserve le droit d'invoquer le moyen tiré de la composition irrégulière de l'autorité et ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure (arrêt de la Commission de recours de l'Université de Lausanne du 03.02.2014 [n°006/13 et 031/13] cons. 6.2.2 et les réf. citées). Dans un cas où l'expert était l'assistant de l'examineur, la Commission de recours de l'Université de Lausanne a considéré que *« certes du point de vue de la théorie de l'apparence ou de la prévention, cette situation peut paraître discutable. En effet, la présence d'un expert, assistant de l'examineur qui est son maître de thèse, peut entraîner un risque – certes théorique – de partialité. Dès lors que les règles sur la récusation sont plus souples pour l'ordre exécutif que pour l'ordre judiciaire [...], cet argument ne justifie pas à lui seul l'annulation de l'examen »*. En l'absence de directive interdisant à un professeur de prendre un doctorant comme expert lors d'un examen, partant *« faute de règlement ou de base légale claire interdisant cette pratique, on ne peut pas considérer qu'il y ait violation d'une règle impérative. [...] A défaut d'être centré sur une indépendance complète, le critère de choix de l'expert est focalisé sur la compétence en la matière examinée »*. La Commission de recours de l'Université de Lausanne a dès lors considéré que cette pratique n'était pas irrégulière selon les principes sur la récusation (arrêt de la Commission de recours de l'Université de Lausanne du 03.02.2014 [n°006/13 et 031/13] cons. 6.3.4 et 6.3.5 ; voir également à ce sujet arrêt du TF du 11.06.2012 [2D_70/2011] cons. 5).

La recourante n'apporte aucun élément permettant de douter de l'impartialité de C._____. Le fait que l'expert soit l'assistant de l'examineur ne viole pas l'article 39 al. 3 REE. De plus, la recourante a pris connaissance de l'identité de l'expert à son examen au plus tard le jour dudit examen. Or, ce n'est qu'au stade de son recours qu'elle invoque un motif de récusation. Partant, ce grief serait quoi qu'il en soit tardif.

9. a) Selon l'article 42 REE, à la fin de chaque session d'examens, le décanat organise une consultation afin d'apprécier, sur la base de l'ensemble des notes, les cas limites pour les personnes qui se trouvent en situation éliminatoire (al. 1). Le décanat convoque au besoin les membres du corps professoral concernés qui doivent se tenir à disposition (al. 2). Après consultation du jury de l'examen concerné, le décanat peut corriger le résultat en faveur de l'étudiant (al. 3). Les membres du corps professoral n'ont aucune compétence pour modifier de leur propre chef les notes décernées (al. 4).

Le décanat de la faculté de droit a indiqué dans sa décision d'élimination du 16 février 2018 à la recourante : « *vous ne remplissez pas les conditions pour faire l'objet d'un rattrapage. En l'espèce, vous avez obtenu la note 3 à l'examen de « [bbb] », alors que seule une note de 3.5 peut faire l'objet d'un rattrapage* ». Par une argumentation que l'on peine à suivre, la recourante estime que le décanat n'a pas correctement appliqué l'article 42 REE, se référant à un arrêt de la Cour de droit public portant la référence CDP.2014.84-SCOL. Selon elle, « *le décanat perpétue sa pratique illégale déjà condamnée par la Cour de droit public en 2014 !* » en s'étant contenté d'indiquer qu'elle ne remplissait pas les conditions pour faire l'objet d'un rattrapage et en ayant modifié sa pratique en matière de repêchage. Elle n'explique néanmoins pas en quoi sa situation constituerait un cas limite justifiant la correction de sa note d'examen, ni en quoi elle serait touchée par la modification de pratique du décanat.

L'article 42 al. 3 REE est une disposition de nature potestative : elle n'accorde aucun droit à l'étudiant à obtenir une correction de sa note et confère une grande liberté d'appréciation au décanat. La pratique en matière de repêchage semble effectivement avoir changé comme l'allègue la recourante. Auparavant, un étudiant devait remplir deux conditions pour bénéficier d'un repêchage, à savoir être en session éliminatoire d'un examen portant sur une branche obligatoire et être en situation d'échec dans cette branche pour un demi point au maximum. La pratique actuelle contient une condition supplémentaire, à savoir que la moyenne de toutes les notes de l'étudiant (y compris les échecs) doit être supérieure à 3.5 (arrêt de la Cour de droit public [NE] du 27.06.2014 [CDP.2014.84] cons. 6). Dans l'arrêt susmentionné, l'étudiant avait obtenu la note de 3.5 en troisième tentative à l'examen d'une branche obligatoire. Il avait déjà bénéficié d'un repêchage lors de son cursus de bachelor en droit et avait été prévenu que tout autre repêchage serait exclu pendant ses études de bachelor en droit. Il avait ainsi été éliminé de la filière de bachelor en droit. Selon la cour, « *[s]i la pratique du décanat s'est quelque peu modifiée à cet égard [soit l'ajout d'une condition], il n'y a cependant pas lieu de se pencher plus avant sur cette question, le recourant n'étant pas touché par ce nouveau critère, rien ne laissant au demeurant présumer qu'il n'existe pas de motifs sérieux et objectifs justifiant ce changement* » (arrêt précité cons. 6c). Plus généralement et selon la cour, « *[l]a pratique du décanat revient à fixer un seuil au-delà duquel une correction n'entre pas en ligne de compte. Or, loin d'être critiquable, l'établissement d'un tel seuil permet de délimiter clairement la fourchette à l'intérieur de laquelle le décanat intervient, et d'assurer ainsi une certaine égalité de traitement entre les étudiants [...] la pratique établie par le décanat ne dispense pas celui-ci de tenir compte de manière générale du principe de la proportionnalité et, partant, de se*

prononcer à la lumière d'éventuelles circonstances particulières justifiant exceptionnellement d s'écarter de dite pratique » (arrêt précité, cons. 6a).

A la lecture de cet arrêt, la Commission de recours constate ainsi que la Cour de droit public ne remet pas en cause, ni ne condamne, la pratique du décanat de la faculté de droit et que la condition selon laquelle la note de l'étudiant ne doit pas être inférieure à 3.5 pour bénéficier d'un repêchage n'a donc pas été modifiée. La recourante ne remplit pas cette condition et n'explique pas quelles circonstances particulières justifieraient de s'écarter de la pratique du décanat. Partant, aucune violation de l'article 42 REE ne peut être retenue.

b) Dans ses observations complémentaires, la recourante requiert la production par le décanat de la faculté de droit du procès-verbal de la consultation prévue à l'article 42 REE la concernant ainsi que les procès-verbaux de la consultation prévue à l'article 42 REE concernant D._____et ayant conduit à deux repêchages en dérogation de la pratique du décanat.

S'agissant du procès-verbal concernant la recourante, la Commission de recours relève que le décanat a d'ores et déjà indiqué dans sa décision d'élimination la raison pour laquelle elle n'a pas bénéficié d'un rattrapage. Cette motivation est succincte mais suffisante (voir cons. 2 ci-dessus).

En matière d'examens, les épreuves et évaluations des autres candidats ne font en principe pas partie du dossier à consulter, à moins que l'intéressé n'ait l'intention de se plaindre d'une inégalité de traitement et qu'il ne soit alors pratiquement obligé de prendre connaissance des autres travaux pour pouvoir motiver son grief. Cette exception n'est cependant admise que de façon restrictive, lorsque le grief d'inégalité de traitement repose sur des indices ou des soupçons concrets en rapport avec l'examen litigieux. Elle ne saurait donc justifier la consultation des pièces concernant les autres candidats chaque fois que quelqu'un entend contester une décision d'examens. S'il ne paraît dès lors pas exclu qu'un étudiant ait le droit de consulter les travaux des autres candidats en vue d'établir une inégalité de traitement en sa défaveur, il faut toutefois qu'il rende vraisemblable un intérêt légitime à cette consultation (arrêt du TF du 19.04.2012 [2D_2/2012] cons. 2.1 et les réf. citées).

La recourante n'a fourni aucune explication quant à D._____et à l'intérêt qu'elle aurait à consulter les procès-verbaux de celle-ci.

En conclusion, la Commission de recours rejette ces deux moyens de preuve, les éléments au dossier lui ayant permis de former sa conviction sans que les moyens de preuve proposés ne puissent l'amener à modifier son opinion.

10. Il suit des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être intégralement rejeté.

11. Vu l'issue du litige, les frais doivent être mis à la charge de la recourante (art. 47 al. 1 LPJA ; art. 15 et 16 RCRUN) et il n'y a pas lieu à allocation de dépens (art. 48 al. 1 a *contrario* LPJA).

Par ces motifs,

LA COMMISSION DE RECOURS EN MATIERE D'EXAMENS
DE L'UNIVERSITE DE NEUCHATEL :

1. Rejette le recours.
2. Met les frais de la présente procédure, soit au total CHF 800.00, à la charge d'X._____.
3. Dit que la requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif est sans objet.
4. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 16 mai 2019