

**CONSIDÉRANT :****En fait**

**A.** X. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'étudiant ou le recourant) suit la filière *Bachelor of Law* à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel (ci-après : la faculté ou l'intimée) depuis le semestre d'automne [xxx].

**B.** Lors de la session de juin 2019, l'étudiant a obtenu la note 3 à l'examen [aaa]. Il s'est vu ainsi notifier la décision du 28 juin 2019 d'élimination du cursus du *Bachelor of Law* à mesure que cet échec était définitif et éliminatoire suite aux échecs de juin et août 2018 à ce même examen, à chaque fois avec la note 3.5 et à mesure qu'il ne remplissait pas les conditions "*pour faire l'objet d'un rattrapage*" selon la procédure d'évaluation spéciale de l'article 42 du règlement d'études et d'examens de la faculté de droit (RSN 416.330, ci-après : REE).

**C.** Après avoir été reçu le 9 juillet 2019 par le Professeur concerné et son assistant, l'étudiant, représenté par un mandataire professionnel, a recouru par mémoire du 26 juillet 2019 auprès de la Commission de recours en matière d'examens de l'Université de Neuchâtel (ci-après : la Commission de recours) contre la décision du 28 juin 2019. Il invoque la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents au sens de l'article 7 du règlement de la Commission de recours en matière d'examens de l'Université de Neuchâtel (RSN 416.110, ci-après : RCRUN). Le recourant se plaint d'un vice formel irrémédiable à mesure qu'il n'a jamais pu consulter le procès-verbal de son examen. Par ailleurs, il se plaint d'avoir été empêché sans raison de répondre à certaines questions (1<sup>er</sup> exercice : [bbb]) et de voir ainsi son droit d'être entendu violé. Il se plaint aussi de ne pas avoir pu consulter comme il le souhaitait les ouvrages à disposition contrairement à ce qui est autorisé (2<sup>ème</sup> exercice) et en violation du principe de la bonne foi. Le recourant précise ensuite la manière selon laquelle son examen devrait véritablement être apprécié, à savoir en tenant compte du fait de l'empêchement et partant, uniquement sur les parties au sujet desquelles il a pu valablement s'exprimer. Il précise encore qu'il devrait bénéficier d'un rattrapage aux motifs qu'il convient de tenir compte de l'ensemble des notes, qu'il en a des "*plutôt bonnes*", qu'il possède 60 crédits ECTS sur 180, qu'il est motivé et qu'il est "*en proie à des ennuis de*

santé". Il conclut ainsi sous suite de frais et dépens, sous réserve des dispositions en matière d'assistance judiciaire, principalement à l'annulation de la décision du 28 juin 2019 pour lui permettre de se présenter à un nouvel examen, subsidiairement de lui attribuer la note 4 à l'examen querellé et plus subsidiairement encore, à bénéficier d'une décision favorable en application de la procédure spéciale de l'article 42 REE.

**D.** Par courrier du 29 août 2019, le recourant a requis l'assistance judiciaire et la production du procès-verbal de l'examen qui ne lui avait toujours pas été transmis. L'assistance judiciaire lui a été accordée.

**E.** Par courrier du 3 octobre 2019, le recourant a encore requis l'octroi de l'effet suspensif au mémoire de recours déposé, subsidiairement, l'autorisation par décision de mesures provisionnelles de poursuivre ses études pendant la procédure de recours. Par décision incidente du 8 octobre 2019, la Commission de recours a rejeté la requête du 3 octobre 2019 tant sur l'effet suspensif que sur le fait d'ordonner des mesures provisionnelles, en précisant que les frais de ladite décision suivraient le sort de la cause.

**F.** Dans ses observations du 21 octobre 2019, l'intimée confirme que la décision querellée est suffisamment motivée en ce sens qu'elle n'avait pas l'obligation de transmettre au recourant le procès-verbal de son examen, étant entendu que le Professeur concerné et son assistant l'avaient au surplus reçu en entretien. En ce qui concerne le déroulement de l'examen en tant que tel, l'intimée se réfère aux déterminations du Professeur concerné et de son assistant. Ces derniers confirment que le recourant n'avait "*pas répondu aux attentes légitimes et minimales*" et que vu les prestations du recourant, ils n'avaient pas hésité d'attribuer la note 3, étant entendu que le recourant n'a jamais pour autant été empêché de s'exprimer. Au contraire, il lui a été demandé d'avancer dans ses développements afin qu'il puisse si possible traiter toutes les questions correctement et ainsi tenter d'obtenir des points supplémentaires. Le Professeur et l'assistant considèrent aussi qu'ils n'ont pas manqué de communiquer toutes les informations utiles au recourant lors de l'entretien du 9 juillet 2019. Finalement, l'intimée confirme que, selon la pratique établie, la situation du recourant excluait tout "*repêchage*" au sens de la procédure de l'article 42 REE. Elle conclut ainsi au rejet du recours du 26 juillet 2019.

**G.** Dans ses observations du 31 octobre 2019, le recourant s'en prend au barème de l'examen qu'il estime illicite à défaut d'une conversion arithmétique et du fait de tenir compte du point de présence. Il revient ensuite sur le déroulement du premier exercice en confirmant avoir été empêché de s'exprimer sur la seconde partie dudit exercice. En ce qui concerne le second exercice, il confirme ne pas avoir pu valablement consulter l'ouvrage qu'il souhaitait et fait part de sa propre appréciation quant à sa réponse. Le recourant se

plaint encore de ne toujours pas avoir pu consulter le procès-verbal de son examen. Finalement, il maintient ses griefs quant au fait qu'il devait bénéficier de la procédure spéciale de l'article 42 REE et se plaint de l'absence de procès-verbal y relatif.

**H.** L'intimée prend position dans ses observations du 28 novembre 2019. Elle remet le document qu'elle considère être le procès-verbal de l'examen litigieux, étant entendu qu'elle développe les raisons pour lesquelles selon elle les notes personnelles du Professeur et de l'assistant ne doivent pas être produites. L'intimée confirme finalement sa pratique en ce qui concerne la procédure d'évaluation spéciale de l'article 42 REE et remet les échanges électroniques relatifs à la mise en circulation des votes du "*repêchage*".

**I.** Le recourant prend encore position le 6 janvier 2020. Il revient sur la qualité des documents transmis par l'intimée. En ce qui concerne le procès-verbal de l'examen litigieux, il en demande un pour retracer le déroulement de l'examen. En ce qui concerne la procédure de "*repêchage*", il considère les courriels transmis comme insuffisants et partant, constate l'absence de tout procès-verbal y relatif.

### **En droit**

**1.** Conformément à la loi sur l'Université du 2 novembre 2016 (RSN 416.100, ci-après : LUNE) entrée en vigueur le 1er janvier 2017 et plus particulièrement, ses articles 98, 99 et 101 qui instaurent une commission indépendante de recours et soumettent la procédure à la loi sur la procédure et la juridiction administratives (RSN 152.130, ci-après : LPJA), les recours des étudiants en matière d'examens relèvent de la compétence de la présente Commission. Le recours a été déposé en temps utile devant la Commission de recours par un étudiant dûment représenté doté d'un intérêt et de la qualité pour agir. Le recours déposé respecte les conditions légales. Il est recevable. La Commission de recours est compétente en application du RCRUN.

**2.** a) Le recourant se plaint du fait de ne pas avoir reçu et pu consulter un procès-verbal de son examen tout en considérant que celui finalement fourni par l'intimée n'en est pas un.

b) Le droit d'être entendu (garanti par les articles 29 al. 2 Cst. féd., 6 § 1 CEDH et 21 LPJA) est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personnalité, de participer au prononcé de décisions qui touchent à sa situation juridique (ATF 135 II 286 cons. 5.1, 135 I 187 cons. 2.2 et la référence citée). Il implique tout d'abord que l'autorité motive sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de

celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 136 I 184 cons. 2.2.1). Le droit d'être entendu comprend également le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 141 V 557 cons. 3.1, 135 I 279 cons. 2.3, 135 II 286 cons. 5.1, 132 V 368 cons. 3.1). En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 cons. 3.2, 129 II 497 cons. 2.2 et les références citées). En particulier, le droit de consulter le dossier s'étend à toutes les pièces décisives figurant au dossier et garantit que les parties puissent prendre connaissance des éléments fondant la décision et s'exprimer à leur sujet (ATF 132 II 485 cons. 3.2, 129 I 85 cons. 4.1, 125 II 473 cons. 4c/cc, 121 I 225 cons. 2a). L'accès au dossier comprend le droit de consulter des pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas un surcroît de travail excessif pour l'autorité (ATF 131 V 35 cons. 4.2). Pour que cette consultation soit utile, le dossier doit être complet. Le respect du droit d'être entendu exige donc une tenue correcte des dossiers par l'autorité qui doit consigner tous les actes d'instruction menés dans le cadre de la procédure et qui peuvent avoir une influence sur la décision. Partant, les moyens de preuve doivent être disponibles (*nachvollziehbar*, traçables) et les modalités de leur établissement décrites dans le dossier pour que les parties soient en mesure d'examiner s'ils ne présentent pas des vices relatifs à la forme ou au contenu et puissent soulever, cas échéant, une objection contre leur validité. Ce principe, développé initialement en procédure pénale dans le cadre des droits de la défense (art. 32 al. 2 Cst. féd.), s'applique cependant à toutes les procédures (RJN 2014 p. 495 cons. 2a et les références).

Dans le cadre d'un échec à des examens, le candidat a le droit de consulter ses propres épreuves d'examen (ATF 121 I 225 cons. 2b). La jurisprudence n'exige en revanche pas la remise de documents internes, comme les grilles de corrections, l'échelle des notes ou les notes personnelles des examinateurs lors des examens oraux, à condition que les candidats 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; **Geissbühler**, Les recours universitaires, *in* : La pratique du droit, 2016, p. 95-121, no 385).

Finalement, la doctrine et la jurisprudence ne requièrent pas de l'examineur la tenue d'un procès-verbal lors d'un examen oral (**Geissbühler**, *op. cit.*, p. 144, no 502ss et les références).

c) En l'espèce, le Professeur et son assistant ont reçu le recourant en entretien le 9 juillet 2019. Il a ainsi pu bénéficier des informations utiles quant au contenu de son examen et les raisons de son échec. En ce sens, l'intimée a respecté son obligation de motivation et partant, le droit d'être entendu du recourant. Dans l'éventualité - non retenue par la Commission de recours - où l'entretien ne serait pas considéré comme suffisant, les déterminations du 7 octobre 2019 du Professeur et de son assistant sont plus que complètes et répareraient ainsi un éventuel vice de motivation.

En ce qui concerne plus particulièrement le procès-verbal que le recourant tient tant à voir produire, le Commission de recours retient que ce document a été produit à satisfaction par l'intimée en annexe à ses observations du 28 novembre 2019. Quoiqu'il en soit et indépendamment de la dénomination que les parties attribuent au document remis, la Commission de recours constate que l'absence d'un document qui comme requis par le recourant est utile à retracer le déroulement de l'examen ne constitue aucune violation. En effet, la tenue d'un procès-verbal lors d'un examen oral n'est pas, selon la doctrine et la jurisprudence, une obligation de validité dudit examen.

Cela étant, la Commission de recours ne retient pas ces premiers griefs.

**3.** a) Le recourant se plaint aussi du fait d'avoir été empêché de répondre à certaines questions et de ne pas avoir pu consulter certains ouvrages pourtant autorisés et disponibles.

b) Selon une jurisprudence constante, les autorités de recours appelées à statuer en matière d'examens observent une certaine retenue ("*gewisse Zurückhaltung*"), 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 (ATF 136 I 229 cons. 5.4.1; ATAF 2010/21 cons. 5.1, 2008/14 cons. 3.1, 2007/6 cons. 3). Néanmoins, la retenue dans le pouvoir d'examen n'est admissible qu'à l'égard de l'évaluation proprement dite des prestations. 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. Selon le Tribunal fédéral, les questions de procédure se rapportent à tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés (ATF 136 I 229 cons. 5.4.1; ATAF 2008/14 cons. 3.3; 2007/6 cons. 3). La Commission de recours peut donc revoir avec un plein pouvoir d'examen si le jury était composé régulièrement, si un membre du collège d'examen se trouvait dans un état personnel faisant douter de son aptitude à faire passer les épreuves ou si des éléments techniques ont entravé le bon déroulement de l'examen, par exemple. Un vice de procédure ne constitue

cependant un motif de recours justifiant l'admission de celui-ci 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. Du fait qu'en matière d'examens, l'autorité de recours n'a pas la compétence de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de la commission d'examen, l'admission d'un vice formel ne pourrait conduire tout au plus qu'à autoriser le recourant à repasser les épreuves en question (arrêts du TAF des 27.05.2014 [B-5599/2013] cons. 3 et du 10.12.2012 [B-1599/2012] cons. 6 et les références citées).

c) En l'espèce, la Commission de recours cherche en vain en quoi le déroulement de l'examen et / ou de la correction de l'intimée constitue un vice.

Les parties s'accordent à dire que le recourant n'a en définitive pas répondu à toutes les questions. Elles admettent aussi toutes deux que l'examen n'est pas de durée illimitée. Si la Commission de recours peut comprendre la frustration du recourant de ne pas avoir pu répondre à certaines questions, celui-ci ne doit pas perdre de vue que la gestion du temps est aussi un élément de réussite – ou d'échec – d'un examen et qu'en consacrant trop de temps à tenter de répondre parfaitement à une question, il se prive de la possibilité d'en faire de même où à tout le moins partiellement, pour les autres questions. La Commission de recours ne voit dès lors rien à redire au comportement des examinateurs lorsque ceux-ci ont invité le recourant à ne pas perdre davantage de temps (pour tenter de répondre à une question ou pour consulter un ouvrage) et à passer aux questions suivantes. Il n'y a ainsi aucun vice.

Par ailleurs, si on peut laisser ouverte la question de la méthode de correction proposée par le recourant qui n'a pas à être examinée vu que le déroulement de l'examen ne prête pas le flanc à la critique, la Commission de recours relève que la méthode proposée par le recourant, à savoir tenir compte uniquement des réponses auxquelles il a pu répondre, ne saurait à l'évidence être retenue.

**4.** 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 dans une situation éliminatoire. Après consultation du jury de l'examen concerné, le décanat peut corriger le résultat en faveur de l'étudiant (art. 42 al. 3 REE). Les membres du corps professoral n'ont aucune compétence pour modifier de leur propre chef les notes décernées (art. 42 al. 4 REE). L'article 42 alinéa 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 Cour de droit public admet son principe ainsi que les trois conditions cumulatives, à savoir être en session éliminatoire d'un examen portant sur une branche obligatoire, être en situation d'échec dans cette branche pour un demi point au maximum et la moyennes de toutes les notes de l'étudiant (y compris les échecs) doit être supérieure à 3.5 (CDP.2014.84, arrêt du 27 juin 2014, cons. 6).

La Cour de droit public a récemment pleinement confirmé ce qui précède (CDP.2019.190, arrêt du 28 mai 2020, cons. 4). Elle a en outre précisé que l'article 42 REE n'indiquait pas quelle forme devait prendre la consultation (séance, échange de courriers électroniques, etc.), pas plus qu'il ne requiert des membres du décanat qu'ils tiennent un procès-verbal.

En l'espèce, l'intimée en procédant par "circulation électronique" et sans la tenue d'un procès-verbal n'a violé aucune obligation, étant entendu qu'au surplus, les échanges électroniques permettent de retracer qui a voté quoi. L'intimée a également respecté les critères de la procédure spéciale de l'article 42 REE que le recourant ne remplit manifestement pas (notamment celle de la note 3.5 au dernier examen). La Commission de recours ne donnera dès lors aucune suite à l'argumentation du recourant qui tendait à bénéficier de ce "coup de pouce".

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

**6.** Vu l'issue du litige, les frais doivent être mis à la charge du recourant qui procédait au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 47 al. 1 LPJA, 15 et 16 RCRUN) et il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 48 al. 1 LPJA *a contrario*).

Le recourant a succombé dans le cadre de la décision incidente du 8 octobre 2019 ainsi que dans le cadre de la présente décision. Les frais peuvent très raisonnablement être fixés respectivement à CHF 200.00 et CHF 800.00 sous réserve des règles de l'assistance judiciaire.

Par ailleurs selon le rapport d'affaire état au 29 mai 2020, le mandataire du recourant a consacré le temps suivant :

Correspondances avec le recourant :	130	minutes
Entretien avec le recourant :	60	minutes
Entretiens téléphoniques :	10	minutes
Rédaction / examens d'actes et recherches	700	minutes
Correspondances Autorités :	40	minutes
soit au total :	940	minutes, à savoir 15h40

Si les postes "entretien avec le recourant", "entretiens téléphoniques" et "correspondances Autorités" ne prêtent pas le flanc à la critique, la Commission de recours s'interroge quant à l'activité déployée les 15 et 16 juillet 2019 à titre de "correspondances avec le recourant" pour 1 heure alors que le recourant n'a pas encore eu son premier entretien et que le dossier n'a pas encore été étudié. Cela étant dit, la Commission de recours ne réduira pas ce poste qui dans l'ensemble reste raisonnable.

En revanche en ce qui concerne le poste "rédaction / examens d'actes et recherches", il est question de quasiment 12 heures d'activité. Cela dépasse ce qui est raisonnablement admissible dans une cause où certes, il y a eu plusieurs échanges, mais dont la complexité reste modeste. La Commission de recours retiendra donc 600 minutes.

Il n'y a pas lieu de s'écarter du coût horaire légal de l'assistance judiciaire de CHF 180.00 l'heure, ni du forfait de 5% relatif au frais et débours.

Il sera ainsi question respectivement d'un montant de CHF 2'520.00 (14 heures x CHF 180.00) et de CHF 126.00 (5% de CHF 2'520.00) à titre de frais et débours, TVA à 7,7% en sus.

**Par ces motifs,**

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

1. Rejette le recours du 26 juillet 2019 de X.\_\_\_\_\_.
2. Arrête les frais à CHF 1'000.00 et les met à la charge de X.\_\_\_\_\_, sous réserve des règles de l'assistance judiciaire.
3. Alloue à Me A.\_\_\_\_\_, défenseur d'office de X.\_\_\_\_\_, une indemnité de CHF 2'520.00 auxquels s'ajoutent CHF 203.75 à titre de TVA (7,7%), est les mets à la charge de l'Etat.

Neuchâtel, le 2 juillet 2020