

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de copie d'examens à l'ère des technologies de l'information

Nihoul, Marc

Published in:

Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2018, Le droit de copie d'examens à l'ère des technologies de l'information. dans *Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde: liber amicorum Yves Poullet*. Collection du CRIDS, numéro 43, Larcier , Bruxelles, pp. 199-222.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 8

Le droit de copie d'examens à l'ère des technologies de l'information

Marc NIHOUL¹

CHAPITRE 1. Demain

1. Nous sommes en 2030. Les examens, comme les cours, sont complètement informatisés. L'étudiant en droit suit ses cours où il veut, quand il veut et comme il veut : sur la plage, dans son bain, à sa table de bureau – on peut toujours rêver – ; la nuit, le jour ; assis, debout, couché... Les exercices comme les examens se font en ligne selon un calendrier optimal exclusivement fondé sur les compétences acquises. Mieux encore : les résultats sont connus instantanément avec corrigé et observations « personnalisées » grâce à l'intelligence artificielle. Plus besoin de professeurs si ce n'est pour concevoir le système. À ce moment-là, la question du droit de copie d'examen appartiendra peut-être à l'histoire², remplacé qu'il sera vraisemblablement par d'autres droits, comme celui de se voir expliquer la logique sous-jacente de la décision prise par l'intelligence artificielle concernant sa réussite ou son échec³.

¹ Professeur à l'UNamur, membre du centre de recherches Vulnérabilités et Sociétés et avocat au Barreau du Brabant wallon.

² Entre-temps, la question conservera son intérêt. Dans certains MOOC actuels, par exemple, les étudiants déposent des travaux et ceux-ci sont corrigés à distance par des enseignants, sans que les étudiants aient vraiment accès à cette correction, autrement que par la note ou un vague *feed-back*.

³ D'ores et déjà, l'article 22 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) consacre le droit pour la personne concernée (c'est-à-dire celle dont les données sont traitées) de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire.

CHAPITRE 2. Aujourd'hui

2. La réalité d'aujourd'hui est encore très différente, y compris avec les QCM, même si le développement des technologies de l'information est galopant et si, je l'espère de tout cœur, nous n'aboutirons pas à un tel résultat. C'est que l'enseignement est avant tout une aventure humaine dans laquelle l'étudiant a besoin de compter pour son professeur comme le professeur a besoin de compter pour ses étudiants. Écrire que les technologies de l'information vont profondément bouleverser l'enseignement est une évidence. Faire en sorte qu'elles n'éclipsent pas cette relation humaine primordiale, idéalement même qu'elles favorisent l'interaction, est un choix de société essentiel. Seul l'usage de l'innovation technologique peut être inadéquat ; point l'innovation technologique en soi.

3. À bien y réfléchir, l'approche est importante en ce qui concerne le droit revendiqué par d'aucuns d'obtenir la copie de leur questionnaire d'examen une fois celui-ci corrigé : le « droit de copie d'examen », pour utiliser une expression plus concise. Si l'étudiant revendique sa copie dans un but différent et exclusif de celui de comprendre ses erreurs et de progresser, par exemple uniquement pour alimenter sur le Net les banques de données pirates agrégeant les potentielles questions d'examens, il passe, à mon sens, à côté de l'essentiel⁴.

Comprenez-moi bien. Il ne faut pas être naïf. Le procédé de « compilation collective » a déjà cours dans le cadre de l'accès simple aux copies et il commence même bien plus tôt, dès le moment de l'examen auquel participent, par exemple, des étudiants qui remettent, dès qu'ils le peuvent, leur questionnaire plus ou moins vierge. À tout moment, les étudiants s'organisent : qui pour mémoriser les questions, qui pour en prendre note, qui pour les rassembler ensuite et les livrer au plus grand nombre grâce aux bienfaits de l'internet. Il suffit de constater à l'examen oral qu'une question subsidiaire posée plusieurs fois le même jour ne reçoit guère de réponse satisfaisante la première heure et des réponses de plus en plus élaborées au fil de la journée. Il faut se réjouir face à ce qui n'est autre que de la solidarité et de la débrouillardise ! Mais il ne faudrait pas que le droit de

⁴ Sans préjudice du droit qu'ont les étudiants de disposer des types (au moins) de questions à l'avance. Un tel droit est au cœur du système d'évaluation par contrat de confiance prôné par Antibii en France et le Mouvement contre la constante macabre (à savoir le fait qu'un pourcentage constant de mauvaises notes serait constaté quel que soit le niveau vérifiable des étudiants par rapport aux connaissances réellement requises). Voy. http://mclcm.free.fr/documents/060124_EPCC.pdf.

copie, s'il est un jour reconnu, pervertisse le droit d'accès aux copies. Il ne faudrait pas qu'il remplace le dialogue singulier qui se noue aujourd'hui entre l'étudiant et le professeur autour du questionnaire corrigé. Ce dialogue est formateur et permet d'aller infiniment plus loin que la prise de connaissance froide, hors contexte, voire dans l'isolement, de points ou de commentaires écrits. Il ne faudrait pas non plus que le professeur trouve dans le droit de copie l'opportunité de renvoyer l'étudiant à ses chères études sans avoir pris le temps d'expliquer les erreurs commises, de donner une appréciation plus générale, de déceler un problème plus structurel, de conseiller une autre méthode, d'orienter vers un service... Certes, le droit de publicité administrative – qualifiée de passive en ce que ce droit requiert une démarche de la part de l'administré – s'accompagne d'un droit d'explication. Mais encore faut-il avoir l'occasion de demander celle-ci et l'opportunité de la recevoir autrement que par courriels interposés. Le risque avec les technologies de l'information est bien de déshumaniser l'enseignement. On le voit déjà lors des délibérations et proclamations. L'accès virtuel aux points esseule le président du jury chargé de proclamer les résultats. Nombreux sont les étudiants qui préfèrent partir en vacances plutôt que de rester à la disposition du jury en cas de difficulté⁵ ou de saisir l'opportunité des accès aux copies organisés dans la foulée. Bref, le droit de copie mal conçu n'est ni souhaitable ni souhaité.

4. Techniquement et dans l'état actuel des moyens alloués aux établissements d'enseignement qui font, par exemple, qu'un académique ne dispose pas de secrétariat personnel, le droit de copie pose par ailleurs de sérieuses difficultés, même s'il faut s'attendre *a priori* à ce que tous les étudiants n'exercent pas effectivement leur droit de copie. Le plus simple et le moins coûteux pour tout le monde serait d'autoriser l'étudiant à prendre en photo les pages de son questionnaire avec son GSM⁶, sa tablette, son scanner de poche ou tout autre procédé technique comparable. Mais l'application pure et simple des règles de publicité passive poserait d'autres difficultés comme celle de la durée de l'accès à la copie, aujourd'hui limitée à des moments précis de l'année académique, après la remise des résultats, sauf à compter sur la bonne volonté de l'enseignant. C'est qu'il y va du professeur comme du policier sur un point au moins : plus il remplit des tâches administratives, moins il est présent sur le terrain...

⁵ Or il peut arriver que le jury convoque un étudiant ou souhaite prendre contact avec lui pour éclaircir l'un ou l'autre élément de son dossier. Nous ne saurions dès lors que conseiller à l'étudiant de rester à tout le moins joignable durant la période délicate des délibérations.

⁶ Ce qu'en pratique, certains font depuis belle lurette, en demandant ou non l'autorisation au professeur.

5. En qualité d'autorité administrative, il paraît en tout cas exclu de remettre l'original du questionnaire corrigé à l'étudiant, ce qui équivaldrait à se déposséder d'une pièce essentielle du dossier administratif en l'absence de laquelle la cote pourrait être contestée par l'étudiant dans les délais impartis. Il n'est d'ailleurs pas rare que la conservation des copies soit prescrite par le règlement des études⁷.

Après avoir sondé l'existence, en droit, d'un droit de copie d'examen, la question de la pédagogie d'un tel droit sera abordée *de lege ferenda*.

CHAPITRE 3. Le droit de copie et le droit

6. La question de savoir si l'étudiant a le droit de demander une copie de sa copie d'examen a déjà été abordée en justice devant le juge judiciaire, certes sous un angle particulier. Une étudiante en études supérieures contestait son échec du temps où la réussite d'une année d'études signifiait encore quelque chose⁸. Elle demandait communication de la copie de l'un de ses examens écrits, ce que la haute école ne fit pas dans un premier temps, se contentant d'envoyer la copie des autres documents demandés, à savoir des procès-verbaux de délibération. Après plusieurs rappels, la haute école finit par répondre « qu'un doute subsistait quant à la possibilité de communiquer une copie d'examen à un étudiant, au regard de l'article 4 du décret du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur, favorisant son intégration dans l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités ». Copie de l'examen fut finalement délivrée après l'expiration du délai de recours auprès du Conseil d'État...

Après avoir changé de haute école et réussi son régentat en sciences économiques, elle introduit une demande en réparation devant le Tribunal

⁷ Par exemple, l'article 19, § 5, du Règlement des examens et des études de l'Université de Namur prévoit que « [l]'examinateur garde une trace écrite des questions avec une appréciation des réponses fournies par l'étudiant et dispose de ces renseignements lors de la délibération.

Pour les épreuves orales, il est vivement recommandé aux examinateurs de consigner par écrit les informations pertinentes pour éclairer l'étudiant sur la note obtenue à l'examen.

Pour les épreuves écrites, les documents doivent être conservés au moins jusqu'au terme de l'année académique suivante ».

⁸ Aujourd'hui, en Communauté française, une logique d'accumulation de crédits a remplacé celle de la réussite d'années d'études successives de manière telle que plus aucun étudiant n'échoue véritablement. Il en résulte toutefois que les parcours tendent à s'allonger.

de première instance d'Arlon contre la Communauté française, pouvoir organisateur. Elle estime que la communication tardive de la copie de l'examen litigieux lui a fait perdre des chances importantes d'obtenir la suspension de la décision de refus d'accéder à l'année supérieure et l'a contrainte à recommencer son année d'études.

Pour sa défense, la Communauté française invoquait que la législation en matière d'enseignement supérieur ne prévoit nullement la possibilité pour un étudiant d'obtenir une copie d'un examen, tout au plus la possibilité de consulter sa copie d'examen en présence du responsable de l'épreuve.

Selon le tribunal, « [l]e décret du 31 mars 2004 constitue une *lex specialis* dérogatoire par rapport à la règle générale que constitue le décret du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration prévoyant la possibilité de se voir délivrer copie d'un document administratif »⁹. Il s'agissait, en effet, d'une législation postérieure au décret du 22 décembre 1994. À suivre ce raisonnement, il faudrait conclure qu'un étudiant n'a pas le droit de demander copie de sa copie d'examen. Et c'est la logique que suit le tribunal en constatant qu'en l'espèce, l'étudiante a effectivement consulté sa copie en présence du titulaire du cours, que l'établissement n'a commis aucune faute puisqu'il n'avait aucune obligation de délivrance d'une copie, que la non-réception de la copie de l'examen litigieux n'a pu l'empêcher d'exercer un recours au Conseil d'État en temps utile sur la base de la consultation, laquelle devait lui permettre d'évaluer ses chances de succès, et que, cerise sur le gâteau, elle s'est abstenue d'introduire parallèlement une demande auprès de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). L'étudiante est par conséquent jugée seule responsable de la perte de son recours.

La dernière constatation pourrait paraître étrange car elle semble distiller le doute quant au droit de copie. Il faut toutefois considérer que le tribunal, à ce stade du raisonnement, ne remet nullement en doute la chose jugée qui précède, s'agissant pour lui d'appréhender les circonstances de l'espèce sous l'angle particulier de la responsabilité civile. Il se limite ainsi à constater qu'en amont de sa saisine, un étudiant normalement prudent et diligent souhaitant obtenir copie de son examen malgré le refus de l'autorité aurait dû saisir la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) conformément au décret invoqué à l'appui de son recours.

7. À l'heure actuelle, c'est l'article 137, alinéas 3 et 4, du décret paysage (décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études) qui organise la publicité

⁹ Civ. Arlon, 6 novembre 2012, R.G. n° 11/411/A, inédit.

des épreuves écrites de la même manière qu'auparavant : « [l]a publicité des autres épreuves [examens écrits] et travaux écrits implique que les copies corrigées peuvent être consultées par l'étudiant, dans des conditions matérielles qui rendent cette consultation effective. Cette consultation se fera en présence du responsable de l'épreuve ou de son délégué, dans le mois qui suit la communication des résultats de l'épreuve, à une date déterminée par lui et annoncée au moins une semaine à l'avance.

Sur simple demande, au plus tard un mois après la période d'évaluation de fin de quadrimestre, un étudiant reçoit le détail des résultats des évaluations auxquelles il a participé ».

Les Règlements des études et des examens des établissements contiennent généralement des dispositions identiques ou comparables qu'ils précisent le plus souvent.

8. La CADA de la Communauté française estime que ces dispositions légales n'empêchent pas l'étudiant de trouver un droit de copie dans la Constitution et la législation spécifique en matière de publicité administrative. Selon C. de Terwangne, la CADA se fonderait sur l'article 32 de la Constitution, lequel, à son estime, primerait le décret du 31 mars 2004 (aujourd'hui du 7 novembre 2013) définissant l'enseignement supérieur, et accorderait aux étudiants un droit de copie de leurs feuilles d'examens même en dehors du délai de soixante jours prévu pour la consultation¹⁰.

L'examen des avis rendus par la CADA conduit à nuancer cette analyse sans pour autant l'infirmier. La primauté dont la CADA fait mention est celle du décret « publicité » par rapport à une circulaire invoquée pour motiver le refus de délivrer des copies. Mais elle précise aussitôt que la circulaire est fondée sur le décret « missions » du 24 juillet 1997 relatif à l'enseignement fondamental et secondaire (seul concerné dans tous les avis) et que tant la circulaire que le décret missions « ne prévoient pas le droit à l'obtention d'une copie du document visé[,] mais ne l'interdi[sen]t pas non plus »¹¹. Ce n'est qu'ensuite que la CADA mentionne l'article 32 de

¹⁰ C. DE TERWANGNE, « Le droit à la transparence administrative », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 713, note 56.

¹¹ Avis n° 48 du 21 janvier 2009 ; avis n° 47 du 27 novembre 2008 ; avis n° 46 du 9 octobre 2008 ; avis n° 45 du 9 octobre 2008. Les avis de la CADA antérieurs à 2011 ne sont plus disponibles sur le site de la CADA. Il convient d'en demander copie au secrétariat de la Commission, lequel est très réactif.

À noter que la question du droit à la copie d'examen s'est encore posée après 2009, mais il ressort d'un échange avec la Commission que les demandes d'avis ont toujours fait l'objet d'un échange informel avec l'établissement afin de faire respecter le droit de l'élève/étudiant. Ceci explique qu'aucun avis officiel n'ait été rendu depuis lors en cette matière. La CADA précise dans ses avis que des examens et interrogations (45), un examen écrit (47, 48),

la Constitution pour conclure que « seuls les motifs de refus énumérés à l'article 6 du décret [du 22 décembre 1994] peuvent faire obstacle au droit d'obtenir consultation et copie de ces documents »¹². Seuls les avis n° 46, rendu sur demande du Service de médiation, et n° 45, soit les avis les plus anciens, font exception en précisant explicitement, quant à eux, que « [l]a Constitution est supérieure aux lois et aux décrets dans la hiérarchie des normes en sorte qu'elle prévaut sur le décret "missions" ». Il peut cependant être observé que, quelques lignes plus haut dans les mêmes avis, la CADA reconnaît que le décret « publicité » prévoit des restrictions. Or l'article 32 de la Constitution ne prévoit pas que seul le décret « publicité » puisse prévoir des exceptions à la publicité. On y reviendra ci-dessous.

9. Une circulaire de la Communauté française n° 3685 du 18 août 2011 relative à l'accès aux documents administratifs, copie des interrogations et examens et dossiers disciplinaires suit ces avis en matière d'enseignement fondamental et secondaire, et s'adresse à tous les responsables et réseaux confondus en indiquant explicitement que, « [m]ême si le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre (décret "missions") prévoit seulement la consultation, et non la copie, des interrogations ou examens, la législation et la jurisprudence sont telles qu'un professeur ou un chef d'établissement ne peut pas, en principe, refuser une copie de ces épreuves » (p. 2). Il est fait état de ladite circulaire sur enseignons.be¹³.

10. Dans la version de mars 2017 du *Vade-Mecum* du décret « paysage » (lequel n'a aucune valeur normative), le Collège des commissaires et délégués faisait la remarque suivante pour l'enseignement supérieur : « [c]omme pour tout autre document administratif, le décret du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration garantit à l'étudiant le droit d'obtenir une copie de son examen (le cas échéant moyennant paiement, dans ce cas à prévoir dans les règlements). Cette disposition vise également les épreuves d'admission » (p. 222). Actuellement, cependant, les différents acteurs concernés et le ministre en charge de l'Enseignement supérieur

une épreuve corrigée d'examen écrit (46), le registre des examens oraux (47) ou le procès-verbal de délibération d'un conseil de classe ou d'un jury d'examen (46) sont des actes administratifs à caractère personnel. Le droit de copie est d'autant plus facilement reconnu que le droit de consultation a été chaque fois respecté.

¹² *Ibid.*

¹³ <http://www.enseignons.be/2014/06/29/obtenir-une-copie-de-ses-examens-est-un-droit/>. Voy. aussi <http://www.enseignement.be/index.php?page=26382>.

ne semblent pas encore être parvenus à un consensus en ce qui concerne l'analyse juridique et les modalités de mise en œuvre¹⁴.

11. À notre connaissance, la section du contentieux administratif du Conseil d'État ne s'est pas encore prononcée à cet égard. Le moyen a été invoqué plusieurs fois, mais il n'y a pas encore été répondu.

12. Dans ce contexte, un bref retour à l'article 32 de la Constitution s'impose. La disposition constitutionnelle est libellée de la manière suivante : « [C]hacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 ». Pour ce qui concerne la Communauté française, c'est le décret du Parlement de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration qui met en œuvre le prescrit constitutionnel et prévoit, notamment, les cas et conditions généraux dans lesquels la publicité peut exceptionnellement être exclue. Dans son état actuel, ledit décret ne prévoit aucune exception absolue en matière d'enseignement. Cela signifie-t-il pour autant qu'un autre décret en matière d'enseignement ne puisse pas prévoir une exception en dehors du décret publicité ? Qu'il ne puisse pas être interprété comme établissant une exception à propos des copies d'examens ?

À mon estime, le décret publicité n'empêche nullement un autre décret postérieur au premier de déroger à son contenu en prévoyant un cas où seule la consultation de la copie est admise à des moments déterminés. Il serait évidemment plus confortable que le décret postérieur soit explicite quant au fait qu'il déroge au décret relatif à la publicité. Le cas échéant, un tel décret doit évidemment être conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination, un tel contrôle relevant de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle.

L'on rétorquera peut-être que les dispositions relatives à la transparence administrative sont interprétées par la Cour constitutionnelle comme des « normes minimales de protection de l'administré » contre l'arbitraire, ne pouvant être que complétées ou précisées par les législateurs. En ce qui concerne la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en tout cas, considérée comme permettant au

¹⁴ Voy. la réponse du ministre Marcourt à la question orale du député Henry posée le 10 janvier 2017 et intitulée « Copies d'examens dans l'enseignement supérieur ». Selon le ministre, le dossier « photocopie des examens » est appelé à être discuté en Comité de suivi du décret (organe informel de concertation entre le cabinet, les représentants des délégués du Gouvernement, des établissements d'enseignement supérieur, des organisations étudiantes et de l'administration). À ce stade, il n'y aurait pas de décision formelle ni *a fortiori* d'obligation de transmettre aux étudiants une copie de leur examen.

citoyen de connaître les raisons pour lesquelles l'autorité administrative a pris une décision individuelle le concernant et d'apprécier s'il y a lieu d'introduire les recours qui lui sont offerts, la Cour a indiqué, dans un arrêt n° 55/2001 du 8 mai 2001, qu'« [e]n imposant la motivation formelle, la loi n'a pas pour objet l'organisation et le mode de fonctionnement de l'administration mais la protection de l'administré. Elle est de nature à renforcer le contrôle juridictionnel sur les actes administratifs, consacré par l'article 159 de la Constitution et organisé par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle ne se situe pas dans une matière attribuée aux [C]ommunautés ou aux [R]égions.

Le législateur national – actuellement le législateur fédéral – pouvait, en vertu de sa compétence résiduelle, établir une telle règle de protection de l'administré à l'égard des actes administratifs de toutes les autorités administratives. Dans la mesure où les communautés et les régions ainsi que les autorités administratives qui en dépendent entrent dans le champ d'application de la loi, le législateur national ne pouvait cependant élaborer pareille réglementation que pour autant qu'il ne rendît pas impossible ou exagérément difficile la mise en œuvre des compétences des communautés et des régions, notamment en matière d'organisation et de mode de fonctionnement de l'administration. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque les obligations qui sont imposées se limitent à ce qui peut être considéré comme nécessaire en vue d'offrir un minimum de protection à tout administré. Les communautés et les régions restent libres de compléter ou de préciser la protection offerte par la loi fédérale en cause » (B.4 et B.5)¹⁵.

L'article 6 de la loi prévoit, dans cet esprit, qu'elle « ne s'applique aux régimes particuliers imposant la motivation formelle de certains actes administratifs que dans la mesure où ces régimes prévoient des obligations moins contraignantes que celles organisées par les articles précédents ». Il s'agit toutefois d'une simple loi qui n'occupe pas une position supérieure dans la hiérarchie des normes et qui n'est pas à l'abri de législations régionales différentes fondées ou non sur les pouvoirs implicites. Son statut de norme minimale est en tout cas aujourd'hui contesté en faveur d'une compétence des entités fédérées en la matière pour leur propre administration¹⁶. Or, l'article 12 du décret de la Communauté

¹⁵ *Adde* : C.A., 18 octobre 2001, n° 128/2001. Dans ses avis cités plus haut, la CADA insiste sur le lien de la publicité avec les droits de la défense. P. ex., dans l'avis n° 47 du 27 novembre 2008 : « le droit d'obtenir copie dudit document administratif est essentiel pour pouvoir le contester et pour permettre l'exercice efficace des droits de la défense ». Elle n'en tire toutefois pas les conséquences comme la Cour constitutionnelle.

¹⁶ M. UYTENDAELE, « Sauver la boucle administrative », *A.P.*, 2015, n° 7, p. 401.

française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration procède de manière comparable en disposant qu'« aucune disposition du présent décret ne peut être interprétée comme restreignant d'autres dispositions législatives qui prévoiraient une publicité plus étendue ».

13. La question du droit aux copies d'examens pourrait connaître un tour décisif sous l'influence du droit de l'internet, de la vie privée et de la protection des données personnelles. Sous l'empire de la législation actuelle, l'article 12 de la directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (directive 95/46)¹⁷ et l'article 10 de la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (loi « vie privée »)¹⁸ garantissent en effet un droit d'accès des personnes concernées (les étudiants) à leurs données à caractère personnel traitées par les responsables du traitement. Chaque établissement d'enseignement est évidemment responsable du traitement de données des étudiants. Pour que ce droit d'accès vise également la copie d'examen, encore faut-il établir qu'il s'agit d'une donnée à caractère personnel, laquelle désigne « toute information relative à une personne identifiée ou identifiable ». Très récemment, le 20 décembre 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a levé tout suspense à cet égard sur demande de décision préjudicielle formée par la

¹⁷ « Droit d'accès

Les États membres garantissent à toute personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement :

a) sans contrainte, à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs :

[...]

– la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine des données,

[...] » (mis en évidence par nos soins).

¹⁸ « § 1. La personne concernée qui apporte la preuve de son identité a le droit d'obtenir du responsable du traitement :

[...]

b) la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine de ces données.

À cette fin, la personne concernée adresse une demande datée et signée au responsable du traitement ou à toute autre personne désignée par le Roi.

Les renseignements sont communiqués sans délai et au plus tard dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande.

Le Roi peut fixer les modalités pour l'exercice du droit visé à l'alinéa 1^{er} » (mis en évidence par nos soins).

Un régime particulier est prévu pour le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé de la personne concernée.

Supreme Court d'Irlande dans une affaire C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, du nom d'un expert-comptable stagiaire candidat à des examens qui avait demandé l'accès à ses propres copies d'examens à l'Ordre irlandais des experts-comptables, étonné de ne pas réussir à quatre reprises l'examen « Comptabilité de la finance stratégique et de la gestion » organisé à cahiers ouverts. Deux questions étaient posées par la juridiction nationale :

- « 1. Les informations inscrites dans des réponses ou à titre de réponses données par un candidat au cours d'un examen professionnel sont-elles de nature à constituer des données à caractère personnel au sens de la directive 95/46 ?
2. S'il y a lieu de répondre à la première question que certaines ou la totalité de ces informations sont susceptibles de constituer des données à caractère personnel, au sens de la directive 95/46, quels facteurs sont pertinents pour déterminer si, dans un cas donné, une copie d'examen constitue une donnée à caractère personnel et quel poids doit être accordé à ceux-ci ? »

14. L'objet des trois questions préjudicielles a été résumé comme suit. « Une copie d'examen est-elle composée de données à caractère personnel, si bien que le candidat à l'examen peut le cas échéant se prévaloir de la directive sur la protection des données pour demander à l'organisateur de l'épreuve de lui donner accès à sa copie¹⁹ ? » Sont visées non seulement « les réponses écrites fournies par un candidat lors d'un examen professionnel », mais aussi « les éventuelles annotations de l'examineur s'y rapportant »²⁰.

Le litige au principal ne portait pas directement sur l'accès à une copie d'examen, mais bien sur le refus de l'ancien *Data Protection Commissioner* (commissaire irlandais à la protection des données) d'instruire une plainte pour refus d'accès. En outre, l'intéressé avait demandé à avoir accès à toutes les « données à caractère personnel » le concernant qui étaient détenues par l'Ordre des experts-comptables, et non uniquement à sa propre copie de l'examen échoué. À la différence d'autres documents, la copie ne fut cependant pas communiquée au motif qu'il ne s'agissait pas de données à caractère personnel, avec la bénédiction du commissaire à la protection des données.

¹⁹ C.J.U.E., 20 juillet 2017, aff. C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, concl. av. gén. J. Kokott, pt 1.

²⁰ *Ibid.*, arrêt, pt 27, faisant ainsi écho à l'analyse et l'avis exprimé dans les conclusions précitées.

15. L'arrêt du 20 décembre 2017 est conforme aux conclusions de l'avocat général Juliane Kokott du 20 juillet 2017²¹ dans lesquelles celui-ci concluait qu'« [u]ne copie d'examen manuscrite qui peut être attribuée à un candidat et les éventuelles annotations des examinateurs qu'elle comporte constituent des données à caractère personnel au sens de l'article 2, sous a), de la directive 95/46/CE, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ». La Cour précise que sont visées « les réponses écrites fournies par un candidat lors d'un examen professionnel et les éventuelles annotations de l'examinateur relatives à ces réponses » et que cette interprétation vaut « dans des conditions telles que celles en cause au principal »²², lequel portait sur un examen professionnel. L'on ne perçoit toutefois guère ce qui distinguerait celui-ci d'un examen universitaire sur ce point.

Pour mémoire, les données à caractère personnel désignent « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [...], directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale »²³.

Selon la Cour, le candidat à un examen professionnel est identifiable « soit directement, à partir de son nom, soit indirectement, à partir d'un numéro d'identification, lesquels sont apposés sur la copie d'examen ou le feuillet de couverture de cette copie » (pt 30). La première condition est donc remplie. Il n'est pas requis pour cela que l'examinateur puisse identifier le candidat au moment de la correction et de la notation de la copie d'examen²⁴, toutes les informations permettant d'identifier la personne concernée ne devant pas nécessairement se trouver, selon la jurisprudence, dans les mains d'une seule personne. Or, en l'espèce, « l'entité organisant l'examen [...] dispose [...] des informations nécessaires lui permettant d'identifier sans difficult[é] ou doutes ce candidat à partir de son

²¹ Voy. aussi <https://www.droit-technologie.org/actualites/copie-dexamen-manuscrite-ensemble-de-donnees-a-caractere-personnel/>.

²² C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, pt 62 et dispositif.

²³ Art. 2, sous a), de la directive 95/46.

²⁴ L'avocat général parle de copie d'examen « pseudonymisée » à cet égard, à laquelle on recourt pour éviter les conflits d'intérêts ou partis pris. En protection des données, « anonyme » signifie qu'il est impossible de réidentifier l'étudiant en cause. Or, par hypothèse, il doit toujours être possible de le réidentifier afin de pouvoir lui attribuer la note qu'il a obtenue à l'examen. Il est donc plus juste d'utiliser le terme « pseudonymisée » au lieu d'« anonymisée » (pt 61).

numéro d'identification, apposé sur la copie d'examen ou le feuillet de couverture de cette copie, et ainsi de lui attribuer ses réponses » (pt 31).

En ce qui concerne la deuxième condition, les réponses écrites fournies par un candidat lors d'un examen professionnel et les éventuelles annotations de l'examinateur relatives à ces réponses sont, toujours selon la Cour, des informations – définies largement – liées à une personne déterminée en raison de leur contenu, de leur finalité ou de leur effet.

S'agissant des réponses, leur contenu « reflète le niveau de connaissance et de compétence du candidat dans un domaine donné ainsi que, le cas échéant, ses processus de réflexion, son jugement et son esprit critique. En cas d'examen rédigé à la main, les réponses contiennent, en outre, des informations sur son écriture »²⁵ (pt 37). Peu importe qu'il s'agisse ou non d'un examen à livre ouvert : « tout examen vise à déterminer et à établir les performances individuelles d'une personne spécifique, à savoir le candidat, et non pas, à la différence notamment d'une enquête représentative, à obtenir des informations indépendantes de cette personne » (pt 41 faisant écho au point 24 des conclusions²⁶).

La finalité de la collecte de ces réponses est « d'évaluer les capacités professionnelles du candidat et son aptitude à exercer le métier en cause » (pt 38).

Et leur utilisation « est susceptible d'avoir un effet sur les droits et intérêts de celui-ci, en ce qu'elle peut déterminer ou influencer, par exemple,

²⁵ Lesquelles permettent de vérifier si un autre texte est également de la main du candidat examiné ou de donner des indications sur son identité, selon l'avocat général (concl., pt 29).

²⁶ Selon l'avocat général, « une copie d'examen [...] est un faisceau de données à caractère personnel » (pt 25) qui ne peut être transmis à des tiers ou publié sans son autorisation (pt 26). Elle établit que la personne a effectivement passé un certain examen (pt 21). Il importe peu que les réponses soient rédigées par le candidat lui-même (auquel cas « le lien entre les performances en question et le candidat est plus fort [...] l'élaboration autonome d'une réponse ne se limit[ant] pas à la reproduction d'informations apprises, mais démontr[ant] également de quelle façon le candidat réfléchit et travaille ») ou choisies par lui parmi plusieurs propositions (QCM) ou encore qu'il puisse utiliser de la documentation (pts 23-24) (aménagé par nos soins). « [L]es données à caractère personnel qui sont matérialisées dans une copie d'examen ne sont pas uniquement constituées par le résultat de l'examen, la note obtenue ou les points attribués pour certaines parties de l'examen. Ces notes résument uniquement la performance lors de l'épreuve, dont les détails sont établis par la copie d'examen elle-même » (pt 27). Peu importe si la copie fait ou non l'objet d'un traitement automatisé. Elle fait partie d'un fichier, lequel recouvre, au sens de la directive sur la protection des données, « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés. Un ensemble physique de copies d'examen[s] sur papier qui sont classées par ordre alphabétique ou selon d'autres critères satisfait déjà à ces conditions » (pts 68-69).

ses chances d'accéder à la profession ou à l'emploi souhaités », puisqu'elle détermine le succès ou l'échec du candidat à l'examen concerné (pt 39)²⁷.

Les annotations de l'examineur relatives aux mêmes réponses ne répondent pas à une qualification différente. Certes, elles contiennent des informations relatives à l'examineur²⁸, mais « la même information peut concerner plusieurs personnes physiques » (pts 44-45). S'agissant de l'examiné, « le contenu de ces annotations reflète l'avis ou l'appréciation de l'examineur sur les performances individuelles du candidat lors de l'examen, et notamment sur ses connaissances et ses compétences dans le domaine concerné. Lesdites annotations ont, par ailleurs, précisément pour finalité de documenter l'évaluation par l'examineur des performances du candidat et sont susceptibles d'avoir des effets pour ce dernier », de la même manière que les réponses (pt 43)²⁹.

Au fil de son raisonnement, la Cour a précisé deux éléments importants.

Premièrement, elle a souligné l'importance de la protection en l'espèce : « un candidat à un examen a, notamment, un intérêt légitime, tiré de la protection de sa vie privée, à pouvoir s'opposer à ce que ses réponses fournies lors de cet examen et les annotations de l'examineur relatives à ces réponses soient traitées en dehors de la procédure d'examen et, en particulier, à ce qu'elles soient transmises à des tiers, voire publiées, sans son autorisation. De même, l'entité organisant l'examen est, en tant que responsable du traitement des données, tenue d'assurer que ces réponses et annotations soient stockées de manière à éviter que des tiers y aient accès de manière illicite » (pt 50). Le droit d'accès sert l'objectif de la directive, car il permet de garantir le droit à une vérification de l'exactitude des données et de la nécessité de leur conservation et à une rectification ou un effacement, et ce, « indépendamment du point de savoir si ledit candidat dispose ou non d'un tel droit d'accès également en vertu de la réglementation nationale applicable à la procédure d'examen » (pt 56)³⁰.

Deuxièmement et dans la foulée des conclusions de l'avocat général, le droit de rectification garanti par la directive ne « saurait, à l'évidence,

²⁷ Dans ses conclusions, l'avocat général mentionne que « les candidats intègrent [d'ailleurs] généralement les résultats d'examen les plus importants dans leur curriculum vitae » (pt 21).

²⁸ Auxquelles l'accès peut être limité (concl., pt 65).

²⁹ Selon l'avocat général, les annotations de l'examineur sur la copie sont « indissociables de la copie parce que, sans celle-ci, elles ne posséderaient pas de valeur informative ayant un sens ». Elles matérialisent l'évaluation (pt 62).

³⁰ Selon l'avocat général, le droit d'accès n'est pas limité par « les règles relatives à la procédure d'examen et à l'opposition aux décisions relatives à l'examen » (pts 45-50) et en particulier par le calendrier d'accès aux copies généralement prévu par les établissements. Il dure tant que la donnée existe.

permettre à un candidat de “rectifier”, *a posteriori*, de “fausses” réponses » qu’il a lui-même indiquées dans sa copie, de telles données n’étant pas inexactes au sens de l’article 12, sous b), de la directive. Le caractère exact et complet de données à caractère personnel s’apprécie, en effet, au regard de la finalité pour laquelle ces données ont été collectées, c’est-à-dire, en l’espèce, pour « pouvoir évaluer le niveau de connaissance et de compétence de ce candidat à la date de l’examen », lequel est précisément évalué par d’éventuelles erreurs dans ses réponses (pt 53). Il est donc exclu de rectifier le contenu de sa copie après l’examen. Il est, en revanche, permis de rectifier un contenu qui ne serait pas authentique en raison, par exemple, d’un échange de copies conduisant à attribuer au candidat concerné les réponses d’un autre candidat³¹, de la perte d’une partie des feuillets comportant les réponses ou encore d’annotations éventuelles de l’examineur ne documentant pas correctement l’évaluation portée par celui-ci sur les réponses du candidat concerné. Le cas échéant, l’exactitude de la performance du candidat n’est pas acquise (pt 54). Il est également permis de demander la destruction de la copie ou l’effacement des données lorsqu’elles ont perdu toute valeur probante eu égard à la finalité, l’identification du candidat n’étant plus nécessaire après la clôture de la procédure d’examen et l’épuisement des voies de recours (pt 55).

Cela étant, « les droits d’accès et de rectification [...] ne s’étendent pas aux questions d’examen, lesquelles ne constituent pas en tant que telles des données à caractère personnel du candidat » (pt 58). La Cour vise vraisemblablement par ces termes la copie d’examen vierge en ce qu’elle contient les sujets d’examen généralement formulés de manière abstraite ou portant sur des cas fictifs sans comporter d’informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable ou liées à la personne du candidat³². Elle ne précise pas s’il s’agit des copies vierges de toute réponse ou des questions elles-mêmes, lesquelles me paraissent toutefois aussi indissociables des réponses que les annotations de l’examineur pour évaluer l’exactitude de la performance du candidat.

16. Il ne résulte pas clairement de la directive 95/46 et de la loi belge du 8 décembre 1992 que le droit d’accès aux données personnelles implique également le droit d’obtenir une *copie* des données en cause. Celle-ci évoque tout au plus la « communication, sous une forme intelligible, des données », sans préciser s’il doit s’agir d’une communication écrite ou si une communication orale suffit.

³¹ Ce qui pourrait être prouvé à l’aide de l’écriture manuscrite (concl., pts 35-36).

³² Concl., pt 21.

La question est cependant sur le point d'être dépassée dès lors qu'un nouveau Règlement général sur la protection des données (RGPD) 2016/679 a été adopté le 27 avril 2016. Ce règlement abroge la directive 95/46, et il sera applicable à partir du 25 mai 2018. Le Règlement prévoit désormais explicitement, dans son article 15, que la personne concernée est en droit d'obtenir une *copie* de ses données à caractère personnel et plus uniquement un droit d'accès³³. Quant à la notion de données à caractère personnel, elle ne sera pas affectée par ce changement³⁴. Il ne semble pas que le Règlement permette de faire des exceptions en matière d'enseignement, encore que l'article 23, intitulé « Limitations », autorise le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement ou le sous-traitant est soumis de limiter, par la voie de mesures législatives, la portée des obligations et des droits prévus aux articles 12 à 22 « lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir : [...] e) d'autres objectifs importants d'intérêt public général de l'Union ou d'un État membre, notamment un intérêt économique ou financier important de l'Union ou d'un État membre, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal, de la santé publique et de la sécurité sociale [...] [ou] la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui ». La Cour de justice a expressément rappelé ces limitations dans son arrêt relatif à une copie d'examen³⁵.

À noter que la protection des données personnelles ne donne pas accès, ni *a fortiori* droit de copie, aux examens d'autrui, par exemple, pour vérifier si l'évaluation a été équitable. Il s'agit là d'une différence importante par rapport à la publicité administrative, laquelle permet à l'administré d'avoir accès à des données à caractère personnel à condition de justifier d'un intérêt.

³³ « Droit d'accès de la personne concernée

3. Le responsable du traitement fournit une copie des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement. Le responsable du traitement peut exiger le paiement de frais raisonnables basés sur les coûts administratifs pour toute copie supplémentaire demandée par la personne concernée. Lorsque la personne concernée présente sa demande par voie électronique, les informations sont fournies sous une forme électronique d'usage courant, à moins que la personne concernée ne demande qu'il en soit autrement.

4. Le droit d'obtenir une copie visé au paragraphe 3 ne porte pas atteinte aux droits et libertés d'autrui ».

³⁴ C.J.U.E., 20 juillet 2017, aff. C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, concl. av. gén. J. KOKOTT, pt 3.

³⁵ C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, pts 59-61.

CHAPITRE 4. La pédagogie du droit de copie

17. Avant d'être juridique, voire pratique, la question, me semble-t-il, est pédagogique. Elle mérite donc d'être posée sous cet angle.

On sait qu'imposer la copie posera une série de difficultés. Celles-ci ne sont toutefois pas insurmontables, ni du point de vue technique ni du point de vue budgétaire. Imposer une copie papier ou en format PDF représentera certes un coût matériel (lequel ne pourra peut-être plus être tarifé au prix coûtant par l'établissement³⁶) et en personnel (généralement en secrétariat) supplémentaire. Un tel coût peut toutefois être compensé par un financement public approprié. Il pourrait même être évité si l'on prend la peine de réfléchir à d'autres modalités qui pourraient répondre à la notion de « copie »³⁷.

Ainsi, le droit pour l'étudiant de prendre en photo les pages de sa copie pourrait être envisagé. Une telle modalité éviterait le risque de perte consécutif à l'augmentation du nombre de manipulations³⁸ et n'augmenterait pas le risque de diffusion sur Internet, lequel existe avec la délivrance d'une copie papier également, laquelle peut être scannée ou photographiée à son tour plus vite qu'il ne faut pour le dire. En outre, le Règlement prévoit que les informations sont fournies sous une forme électronique d'usage courant si la personne concernée le demande ou introduit sa demande par voie électronique. Le risque, s'il existe, est donc inhérent au Règlement lui-même.

Par ailleurs, le droit de copie ne signifie pas que l'étudiant puisse en disposer à sa guise, spécialement lorsqu'il comporte des annotations

³⁶ L'article 12, § 5, du RGPD qui précise en effet qu'« [a]ucun paiement [ne peut être] exigé [...] pour procéder à toute communication et prendre toute mesure au titre des articles 15 à 22 et de l'article 34 [à moins que la demande soit jugée manifestement infondée ou excessive] ».

³⁷ Il n'est pas acquis, sous l'empire du Règlement, que l'on puisse refuser à l'étudiant concerné l'obtention d'une photocopie classique si celle-ci est demandée en dépit de cette possibilité. On ne peut en effet réduire le droit d'obtenir une copie à l'obligation de prendre une photo de son examen. En pratique, il devrait cependant être particulièrement rare qu'une telle demande soit formulée et l'on peut même imaginer que le professeur, le cas échéant, prenne lui-même en photo la copie et la transmette par courriel à l'intéressé, tous les étudiants à l'université étant titulaires d'une adresse électronique qu'ils ont l'obligation de consulter quotidiennement. En cas de contestation, l'on voit difficilement de quel dommage il pourrait demander réparation, à défaut pour lui de justifier d'un intérêt.

³⁸ À l'heure actuelle, une copie est souvent manipulée par le(s) seul(s) correcteur(s). S'il s'agit d'en faire des copies, l'intervention d'un secrétariat s'imposerait pour centralisation et conservation d'un nombre important de copies, photocopie sur demande, reclassement et restitution.

du professeur protégées par les droits d'auteur. Si l'on peut souscrire à l'idée selon laquelle la balance d'intérêts doit mener à considérer que les annotations du professeur sont indissociables de la copie d'examen³⁹ et qu'elles doivent par conséquent lui être communiquées, voire copiées, ce n'est qu'avec le consentement du professeur qu'une diffusion est envisageable sur quelque support que ce soit⁴⁰.

18. Sur le plan pédagogique, les étudiants, mais aussi les parents⁴¹, invoquent généralement la nécessité de pouvoir consulter leur copie à tête reposée afin d'analyser leurs erreurs et remédier aux faiblesses constatées. L'argument est souvent invoqué dans les demandes de copie, comme on peut le lire dans certains avis de la CADA. Il peut être appuyé par la considération selon laquelle de nombreux étudiants en difficulté choisissent de recourir à des répétiteurs, des « professeurs particuliers » ou des coaches (méthodologie, gestion du stress...) en dehors de l'établissement. Il est indispensable, le cas échéant, de pouvoir montrer à ceux-ci l'objet de l'échec éventuel. La FEF plaide également dans ce sens : « Comment permettre à l'étudiant, au moment où il s'apprêtera en juin ou en août à réétudier un cours raté, d'avoir fraîchement en tête les méthodes de correction du professeur, [de] se souvenir de ses erreurs et [de] retravailler ses difficultés ? Grâce à sa copie corrigée, par exemple »⁴². Elle y voit un « moyen de favoriser la réussite », un outil « pour apprendre et progresser ».

Du côté des universités, une certaine réticence prévaut dans le chef des autorités. Dans les colonnes de *La Libre Belgique*, le vice-recteur de l'UCL à l'Enseignement, Marc Lits, indiquait par exemple, le 6 janvier 2017, ce qui suit : « Nous encourageons les étudiants à venir consulter leurs copies, car cela a un intérêt pédagogique, mais nous sommes opposés à devoir leur délivrer une copie de leurs examens. Il existe un débat entre les juristes, mais nous ne considérons pas que de telles copies puissent être considérées comme des documents administratifs. Les corrections et notes d'un enseignant ne sont pas non plus des actes administratifs. Outre l'impossibilité de photocopier toutes les copies, nous ne voyons pas non plus l'intérêt pédagogique d'une telle demande »⁴³.

³⁹ Voy. *supra*, pt 15.

⁴⁰ Sous réserve des exceptions aux droits d'auteur (art. XI.190 CDE), lesquelles permettent de reproduire l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur, mais dans des cas très limités comme celui de la copie strictement privée.

⁴¹ <http://www.fapeo.be/obtenir-une-copie-de-ses-examens-est-un-droit/>.

⁴² <http://bruxelles-jb.be/corrections-de-tes-examens-du-nouveau/> ; E. BURGRAFF, « La FEF veut une copie des examens », *La Libre Belgique*, 14 décembre 2016.

⁴³ <http://www.lalibre.be/actu/belgique/les-etudiants-pourront-ils-garder-une-copie-de-leurs-examens-586e8216cd70717f88e90df1>. L'affirmation selon laquelle les corrections et

Le ministre en charge de l'Enseignement supérieur est dans la nuance. À des questions parlementaires, il a en tout cas prudemment répondu en situant le débat sur le plan pédagogique, à la demande des universités. Plus que de recevoir la copie d'examen, « il est intéressant, pour les étudiants, de connaître la manière dont leurs réponses ont été interprétées. Au-delà de la simple constatation du résultat de la question écrite qui leur a été posée, l'explication donnée par un des membres de l'équipe pédagogique peut représenter dans ce cadre un élément supplémentaire »⁴⁴. Et de résumer la situation actuelle comme suit : les universités « estiment que la possibilité pour les étudiants d'obtenir copie de leurs examens corrigés risque non seulement d'être ingérable matériellement, mais aussi contre-productive, d'un point de vue pédagogique.

Les universités relèvent que les annotations sur les examens sont parfois illisibles et que les professeurs risquent donc de ne plus en faire sur les copies elles-mêmes. Elles soulèvent également que la diffusion des questions d'examen, ainsi que [de] leurs réponses[,] les obliger[ait] à concevoir de nouvelles questions à chaque session, avec le risque que ces questions deviennent plus difficiles.

Les étudiants adhèrent bien entendu à l'analyse réalisée par le Centre d'expertise. Selon eux, bénéficier d'une copie des examens constituerait un vrai plus pour comprendre leurs erreurs et se rafraîchir la mémoire d'une session à l'autre, parfois de janvier à septembre.

À ce stade, je sais que les universités ont déposé à l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur (ARES) une note de travail qui propose des améliorations du décret "paysage".

Parmi ces propositions, les universités demandent qu'il soit précisé, à l'article 137, qu'aucune copie d'examen ne puisse être délivrée. J'attends

notes d'un enseignant ne sont pas non plus des actes administratifs doit être nuancée. Tout document est visé par la publicité administrative et point seulement les actes administratifs. Et, à en croire les conclusions relatées au point 15, les corrections et notes d'un enseignant ne peuvent être dissociées de la copie en ce qu'elles évaluent la prestation de l'étudiant.

⁴⁴ Réponse à la question orale du député Henry du 10 janvier 2017 intitulée « Copies d'examens dans l'enseignement supérieur ». Avec la réplique suivante de celui-ci, également dans la nuance : « [v]ous avez raison de préciser que les conditions de la consultation et du retour par rapport à une cotation sont très importantes pour les étudiants. Ce sont des éléments d'aide à la réussite et d'évaluation formative. Disposer d'une copie d'examen ne garantit toutefois pas la réussite.

Par conséquent, ces copies n'avaient plus grand intérêt du fait de leur diffusion. Ce débat n'est pas évident. Le plus important est que les droits soient clairs et les pratiques, suffisamment uniformes. Je ne dis pas qu'il ne peut y avoir aucune différence, mais un cadre est nécessaire. Quelle que soit la forme qu'il prend, ce retour doit avoir une utilité pédagogique pour les étudiants ».

que l'ARES prenne position sur cette proposition et me fasse part de son avis.

Il est étonnant de voir la proportion que prend cette question. Jusqu'à présent, les mêmes règles prévalaient et, à ma connaissance, aucun conflit ou débordement n'a jamais eu lieu. Si certains étudiants ont déjà demandé des copies, c'est uniquement à titre exceptionnel. Ces demandes n'ont apparemment engendré aucune difficulté insoluble.

Les prises de position tranchées des uns et des autres, et la publicité qui en est faite, montent en épingle une question qui ne devrait se poser que de manière marginale. Je constate aujourd'hui que l'émotion a dépassé la raison. Comme toujours, il importe d'objectiver la situation. Je vais donc interroger les commissaires sur le nombre de conflits dont ils ont eu connaissance sur le sujet »⁴⁵.

19. L'augmentation du risque de recours est parfois invoquée pour justifier un tel refus⁴⁶. Probablement sera-ce le cas, mais il ne faut jamais craindre ni déplorer que des voies de recours existent ou qu'elles soient utilisées. Le contrôle (parfois interne d'abord, toujours juridictionnel ensuite) est une garantie démocratique fondamentale qui permet tantôt d'éviter, tantôt de lutter contre l'arbitraire. Or, c'est une évidence (je l'espère sincèrement) que l'arbitraire n'a pas sa place non plus en matière d'examens. Lorsque le professeur corrige des examens, il exerce un pouvoir qui mérite – comme tout pouvoir, si petite en soit la parcelle – d'être contrôlé, non point systématiquement, mais à tout le moins potentiellement, le cas échéant sur recours de la part de l'étudiant lorsque celui-ci estime être lésé. Le professeur aussi peut être « mis au greffe »⁴⁷. En

⁴⁵ CRIC, Parl. FW-B, 2016-2017, n° 73 – Enseignement supérieur 11, question orale du député Henry du 14 mars 2017, lequel observe en réplique que « [d]es éléments pervers sont possibles, en cas de diffusion des copies d'examens, surtout si elles ne sont pas seulement destinées à la personne concernée ». Adde « Consulter sa copie ne suffit plus », *La libre Belgique*, 2 février 2018.

⁴⁶ À cet égard, Marc Romainville souligne avec nuance que « [c]ertains collègues craignent [...] de voir se mettre en place une véritable comparaison de copies entre étudiants avec l'émergence de comptes d'apothicaire. Un professeur qui cherche à coter le plus justement possible l'ensemble de ses étudiants ne pourra jamais éviter une petite part de subjectivité. À un moment, la machine s'emballera avec des contestations, voire une judiciarisation des problèmes. Incontestablement, un professeur a le devoir d'expliquer son examen à un étudiant[,] mais aller plus loin risque de complexifier les relations déjà difficiles entre évaluateurs et évalués » (« Un risque de démarches procédurières », *La Libre Belgique*, 14 décembre 2016).

⁴⁷ Au Moyen Âge et jusqu'en 1920, le pouvoir exécutif revendiquait que « la Couronne ne peut être mise au greffe » (c'est-à-dire traduite devant les cours et tribunaux), sous prétexte de la séparation des pouvoirs, car « juger l'administration[,] c'est encore administrer ».

d'autres termes, l'existence comme l'exercice de recours sont les signes d'une bonne santé démocratique de l'enseignement.

Certes, il ne faut pas se voiler la face, le nombre de recours risque d'augmenter. Au moment d'imposer la motivation formelle des actes administratifs en 1991, le législateur espérait que l'obligation de motiver formellement dans l'acte les décisions prises par l'autorité administrative emporterait une diminution des voies de recours, car l'administré comprendrait désormais le bien-fondé de celles-ci. Le résultat inverse a pu être constaté depuis lors, le moyen pris du non-respect de l'obligation de motivation étant le premier au hit-parade des moyens invoqués devant le Conseil d'État. Il ne faut toutefois pas le regretter, car l'arbitraire a entre-temps fortement diminué et la plupart des autorités administratives ont amélioré leur processus décisionnel. Tel est le sens de l'histoire contre lequel il serait vain de lutter. L'arbitraire diminue du simple fait de l'existence de voies de recours, mais aussi par leur exercice avec succès, le correcteur étant alors renvoyé à lui-même et au sens de la mission qu'il exerce et de la transparence qui accompagne celle-ci, dans ce domaine probablement plus encore que dans d'autres.

Cela étant, il ne faut pas sous-estimer le coût d'une procédure juridictionnelle aujourd'hui, depuis que les indemnités de procédure ont vu le jour. Celui-ci est clairement de nature à décourager les ballons d'essai. Les juridictions disposent par ailleurs de moyens pour décourager les recours abusifs tels que l'abus de droit ou le recours téméraire et vexatoire (manifestement abusif devant le Conseil d'État⁴⁸). Surtout, il faut faire confiance aux juges qui sont là pour objectiver les circonstances et situations. Il faut d'ailleurs rappeler que la confiance règne déjà dans les prétoires à l'égard du corps professoral puisqu'en matière de cotation et au-delà du non-respect des règles organisant les examens, seules les cotations manifestement déraisonnables sont sanctionnées, conformément au pouvoir discrétionnaire dont jouit le professeur en principe, pouvoir qui ne donne lieu qu'à un contrôle marginal de la part du juge (sauf en présence d'un QCM p. ex., lequel n'emporte pas une véritable évaluation individuelle des réponses des étudiants). Il est ainsi de jurisprudence constante en matière de cotation que la seule indication des notes pour chaque branche et la mention constatant que les conditions de réussite sont remplies ou non suffisent à motiver adéquatement une décision compte tenu de la souveraineté du jury quant à l'appréciation des prestations. Une motivation

Heureusement pour nous, citoyens, cette époque est révolue et il convient d'éviter de donner à penser que « contrôler les examens serait encore enseigner ». La consultation des examens mérite un sort différent, comme il sera montré *infra*.

⁴⁸ Art. 37 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

plus détaillée n'est requise que lorsque la seule mention des notes ne suffit pas à comprendre pourquoi la décision d'échec a été adoptée ou encore lorsqu'un examen n'est pas sanctionné par des points : la décision doit alors permettre de comprendre les exigences du test de personnalité ou de l'examen physique et comment les prestations du candidat ont été appréciées par rapport à ces exigences⁴⁹.

20. Le risque de voir les étudiants comparer leurs copies entre eux est, quant à lui, bien réel, mais correspond, à mon sens, à une attente légitime de la part de ceux-ci et conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination. Deux réponses identiques doivent être cotées de la même manière, à condition qu'elles le soient parfaitement. Le diable se trouve dans les détails, mais il n'est pas le seul. Un détail dans une réponse peut faire basculer celle-ci dans la catégorie des mauvaises réponses et il convient que l'étudiant y soit attentif.

21. De manière générale, il faut bien comprendre qu'en présence d'un règlement et d'un examen bien conçus, le droit de copie n'empêche nullement le professeur, au nom de la liberté académique, d'appliquer des modalités d'examens spécifiques telles que le retrait de points en cas de faute grave ou une marge d'appréciation globale par exemple. Ce n'est que si l'examen est conçu sur un mode de pure arithmétique que le respect de celle-ci devient obligatoire. N'est-ce pas une évidence pédagogique qu'il convient d'annoncer les modalités de correction avant les examens (aujourd'hui en début d'année académique) pour permettre à l'étudiant d'adapter son étude et son comportement lors de l'épreuve ?

Le droit de copie n'impose pas non plus la rédaction de grilles de corrections ou de réponses types trop rigides qui empêcheraient toute latitude. Ce qui importe, c'est de motiver l'échec ou le retrait de points, d'une manière ou d'une autre. Une simple annotation suffit, voire la cote elle-même. De telles grilles permettent tout au plus de faciliter la correction par l'identification des éléments manquants, voire incorrects.

22. Il y a, cela dit, un véritable risque d'effets pervers potentiels du côté des professeurs aussi, lesquels pourraient être tentés de limiter leurs commentaires sur les copies pour éviter les discussions et les comparaisons

⁴⁹ Voy. déjà L. DEMEZ et J. SAMBON, « La motivation en matière d'enseignement », in P. JADOUX et S. VAN DROOGHENBROECK, *La motivation formelle des actes administratifs*, Bibliothèque de droit administratif, Bruges, la Chartre, 2005, n^{os} 57 et s., pp. 200 et s. Il en va aussi de la sorte pour la rédaction de travaux, les stages de pratique...

(alors que ces commentaires sont les plus formatifs)⁵⁰, voire, pire, de recourir, par exemple, aux QCM pour éviter les ennuis⁵¹ ou de pratiquer des oraux expéditifs en l'absence d'enregistrement vidéo⁵². L'on peut toutefois compter sur les équipes pédagogiques ou les autorités académiques pour éviter de telles dérives, lesquelles, dans un premier temps, relèvent davantage de l'examen de conscience ou de la vocation de chaque professeur.

Certains professeurs craignent également de voir leurs batteries de question éventées, les privant de la sorte de tout effet de surprise ou du plaisir de l'originalité. Outre le constat qu'avec le droit d'accès et de consultation, il s'agit déjà d'une réalité, les étudiants n'étant pas dénués d'un certain sens de l'organisation lorsqu'il s'agit de faire de la « résistance », l'on peut s'interroger au sujet de l'intérêt pédagogique de tenir secrètes les questions susceptibles d'être posées. D'autres professeurs procèdent d'ailleurs par liste de questions livrées par avance balayant toute la matière et conduisant l'étudiant à voir l'ensemble du cours. Certes, les plus paresseux étudieront en dernière minute les réponses préparées par d'autres étudiants, passant de la sorte à côté de l'intérêt pédagogique de la méthode choisie. N'en va-t-il toutefois pas déjà de même lorsqu'ils étudient dans les notes et résumés d'autrui, sans même imaginer que c'est en prenant des notes et en faisant ses résumés lui-même qu'il travaille la matière en profondeur et qu'il peut en comprendre toutes les subtilités et espérer, par là, s'être formé durablement ?

23. Ce qui est certain, c'est que, si la copie vient remplacer la consultation de celle-ci en personne et en présence du professeur, comme aujourd'hui la diffusion des points par Internet a vidé les auditoriums lors des séances de proclamation, alors nous serons tous perdants sur le plan pédagogique. Rien ne remplacera le feed-back du correcteur et le colloque singulier qui permet souvent d'identifier des travers qui sont autant de pistes de progression pour l'étudiant lorsqu'il vient dans un état d'esprit constructif et non seulement revendicatif. Certains professeurs pourraient trouver leur compte dans une gestion plus administrative des copies. Mais, avec le recul, le même risque existe dans le chef de l'étudiant lorsqu'il préfère un voyage ou son camp scout à la « confrontation » au professeur

⁵⁰ Sur ce point, l'interdiction de la diffusion desdits commentaires est importante. Voy. *supra*, pt 17.

⁵¹ Dans certains cas, voire circonstances telles que le nombre d'étudiants, le QCM peut être parfaitement indiqué.

⁵² Sous réserve de ce que l'enseignant est en principe amené à consigner par écrit les informations pertinentes pour éclairer l'étudiant sur la note obtenue à l'examen.

autour de sa copie d'examen⁵³, si ce n'est à sa copie d'examen en présence du professeur. À cet égard, imposer à l'étudiant qu'il vienne consulter sa copie avant de recevoir celle-ci serait de nature à imposer les prémices de ce qui pourrait être une remédiation, c'est-à-dire une voie vers la réussite. Osera-t-on prétexter que le Règlement général sur la protection des données ou l'article 32 de la Constitution n'autorise pas le législateur ou le pouvoir organisateur à modaliser le droit de copie d'examen en matière d'enseignement dans ce sens, fût-ce au nom de la protection de la personne ? Ce jour-là, nous marcherions sur la tête. Malheureusement, ce ne serait pas la première fois...

⁵³ En pratique, il n'est pas rare que la comparution d'un étudiant devant le jury lors des délibérations (p. ex., en cas de fraude ou lorsqu'exceptionnellement une copie est égarée) soit empêchée par les mêmes circonstances.