

Commission de RECOURS interne des EPF

Case postale | CH-3001 Berne

Gutenbergstrasse 31 | 3011 Berne | T +41 31 310 05 30 | F +41 31 310 05 31 | E-Mail info@ethbk.ch

Procédure no 2917

Décision attaquée devant le Tribunal administratif fédéral

Décision du 6 mars 2018

Participants :

les membres de la Commission

Hansjörg Peter, président ; Consuelo Antille, Jonas Philippe, Dieter Ramseier, Yolanda Schärli et Rodolphe Schlaepfer

Greffière

Irène Vitous

en la cause

Parties

A_____,

représenté par Me Antoine Eigenmann, avocat,

Eigenmann Avocats S.A., place Bel-Air 1, case postale 5988,
1002 Lausanne,

recourant,

contre

Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL),

EPFL E DAF, Service juridique, CE (Centre Est) 1 629,
Station 1, 1015 Lausanne,

représentée par M. Frédéric George, juriste,
intimée,

Objet du recours

**Echec aux examens du cours de mise à niveau (MAN)
et exclusion définitive de l'EPFL**

(décision de l'EPFL du 28 juillet 2017)

Faits :

A. A_____ (ci-après : l'étudiant) est titulaire d'un certificat de maturité professionnelle commerciale ainsi que d'un certificat attestant la réussite aux examens complémentaires conformément à l'ordonnance du 2 février 2011 relative à l'examen complémentaire permettant aux titulaires d'un certificat fédéral de maturité professionnelle ou d'un certificat de maturité spécialisée reconnu au niveau suisse d'être admis aux hautes écoles universitaires (RS 413.14). Il a entamé des études d'architecture à l'EPFL à la rentrée de l'année académique 2016-2017. Par décision du 17 février 2017 (doc. 9.2), rendue sous la forme d'un bulletin de notes et comportant l'indication des voies de droit, l'EPFL a constaté son échec à l'examen propédeutique à la suite de l'obtention d'une moyenne de 3.07 pour le bloc 1 à l'issue des examens du premier semestre. Dans la lettre d'accompagnement de cette décision (doc. 9.1), l'EPFL, se référant « aux textes réglementaires sur le contrôle des études : <http://polylex.epfl.ch/> », a mentionné que dès lors que la moyenne du bloc 1 de l'étudiant était inférieure à 3.50, celui-ci avait été inscrit au cours de mise à niveau (ci-après : la MAN) pour le semestre de printemps. L'étudiant a été rendu attentif au fait qu'il devait impérativement réussir la MAN avec une moyenne minimale de 4.00 pour avoir le droit d'effectuer une seconde tentative au cycle propédeutique l'année suivante, et que s'il renonçait à la MAN, il ne pouvait plus se réinscrire à l'EPFL.

B. L'étudiant a suivi la MAN au semestre de printemps 2017 et s'est présenté aux examens de ce cours durant la session de juillet 2017. Par décision du 28 juillet 2017, rendue sous la forme d'un bulletin de notes (doc. 1.1), l'EPFL a constaté son échec à la MAN en raison d'une moyenne finale de 2.37 aux examens, et a prononcé son exclusion définitive.

C. En date du 28 août 2017, A_____ (ci-après : le recourant) a déposé un recours (doc. 1), accompagné d'un bordereau de pièces (doc. 1.0–1.7), auprès de la Commission de recours interne des EPF (ci-après : CRIEPF) contre la décision précitée.

Il a allégué qu'il souhaitait non pas continuer ses études à l'EPFL mais débiter une formation auprès de l'Université de Lausanne (ci-après : l'UNIL) et que la décision attaquée, qui l'excluait définitivement de l'EPFL, avait pour conséquence, au vu de l'art. 78 al. 3 du règlement d'application de la loi du 6 juillet 2004 sur l'Université de Lausanne (RLUL, RS/VD 414.11.1),

qu'il ne disposait que d'une seule tentative à la première série d'examens auprès de l'université précitée. En cas d'échec, il serait exclu définitivement de toute haute école suisse.

Sur le fond, le recourant a critiqué le système de la MAN, alléguant en substance qu'il était arbitraire, illégal, dépourvu d'intérêt public et contraire aux principes de la bonne foi, de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. Il a également fait valoir que ce système était contraire aux « principes généraux » admis dans le milieu des hautes écoles selon lesquels tout examen échoué peut faire l'objet d'une deuxième tentative.

Le recourant a préalablement demandé que la CRIEPF « confirme » que son recours était pourvu de l'effet suspensif s'agissant de son exclusion définitive de l'EPFL.

A titre de mesures d'instruction, il a requis la production de la liste des étudiants en architecture inscrits à la MAN au début du semestre [de printemps] 2017, de la liste des étudiants en architecture ayant échoué à la session d'examens de la MAN de juillet 2017, et des copies de ses examens de la MAN ainsi que de leurs corrections. Il a également sollicité que soit ordonnée une expertise desdits examens et de leur grille de correction visant à déterminer s'ils correspondent aux exigences minimales du certificat de maturité reconnu par la Confédération.

Dans ses conclusions principales, le recourant a demandé que l'autorité de céans annule la décision du 28 juillet 2017 (ch. II), dise qu'il n'a pas échoué la MAN de façon définitive (ch. III), qu'il n'est pas exclu définitivement de la filière Architecture (ch. IV) et que le non-respect de l'obligation de suivre la MAN et de ne pas se représenter aux examens ne sera pas sanctionné par une décision d'exclusion (ch. V). Dans ses conclusions subsidiaires, le recourant a repris ses conclusions principales, hormis leur ch V.

D. Par décision incidente du 31 août 2017 (doc. 2), la juge d'instruction de la CRIEPF a accusé réception du recours et en a transmis un exemplaire à l'intimée, en l'invitant à se déterminer, dans un délai de 10 jours, sur la requête de constat de l'effet suspensif quant à l'exclusion définitive du recourant de l'EPFL. Par ailleurs, elle a imparté le même délai au recourant pour verser une avance de frais de CHF 500.00.

E. L'intimée s'est déterminée par courrier du 11 septembre 2017 sur la requête de constat de l'effet suspensif, concluant à son rejet (doc. 5).

F. Par décision incidente du 12 septembre 2017 (doc. 6), une copie des observations de l'intimée a été transmise au recourant et un délai de 10 jours lui a été imparti pour déposer ses déterminations éventuelles. Par ailleurs, le recourant s'étant acquitté de l'avance de frais requise dans le délai imparti, un délai de 30 jours a été octroyé à l'intimée pour fournir sa réponse au recours.

G. Par pli du 22 septembre 2017 (doc. 7), le recourant s'est déterminé sur les observations de l'intimée du 11 septembre 2017.

H. Par décision incidente du 26 septembre 2017 (doc. 8), la juge d'instruction a constaté que le recours contre la décision du 28 juillet 2017, en tant que celle-ci prononçait l'exclusion définitive du recourant et avait pour conséquence son exmatriculation, était pourvu de l'effet suspensif de par la loi. Elle a par ailleurs transmis une copie des déterminations du recourant du 22 septembre 2017 à l'intimée pour information.

I. En date du 11 octobre 2017, l'intimée a déposé sa réponse au recours (doc. 9), accompagnée de la décision d'échec à l'examen propédeutique du 17 février 2017 (doc. 9.2) et de sa lettre d'accompagnement (doc. 9.1). Elle a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Elle a en premier lieu relevé que le recourant aurait eu la possibilité de contester le système de la MAN par le biais d'un recours contre la décision du 17 février 2017, laquelle incluait son inscription à la MAN. Son recours du 28 août 2017 était par conséquent manifestement tardif, et donc irrecevable. S'agissant des arguments sur le fond du recourant, elle a relevé qu'elle avait introduit le système de la MAN à compter de l'année académique 2016–2017 dans l'ordonnance sur le contrôle des études menant au bachelor et au master à l'EPFL (ci-après : ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL, RS 414.132.2) en vertu de son pouvoir réglementaire en ce qui concernait les études, conféré par l'art. 5 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales (loi sur les EPF ; RS 414.110), et l'art. 3 al. 1 let. b de l'ordonnance du Conseil des EPF sur les écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne (ordonnance sur l'EPFZ et l'EPFL ; RS 414.110.37). Elle a contesté les arguments du recourant quant à l'illégalité et à l'inconstitutionnalité de ce système. S'agissant des mesures d'instruction requises par le recourant, l'EPFL a fait valoir qu'elles étaient inutiles et devaient être refusées.

J. Par décision incidente du 16 octobre 2017 (doc. 10), la réponse de l'intimée a été transmise au recourant et un délai de 20 jours lui a été accordé pour fournir une réplique.

K. Dans sa réplique du 3 novembre 2017 (doc. 11), le recourant a contesté l'argumentation de l'intimée contenue dans sa réponse. Il a réitéré sa demande de mesures d'instruction ainsi que les conclusions prises dans son recours. Il a joint un bordereau de pièces à son écriture (doc. 11.1–11.2).

L. Par décision incidente du 9 novembre 2017 (doc. 12), un exemplaire de la réplique et de ses annexes a été transmis à l'intimée. En outre, un délai de 20 jours a été imparti à celle-ci pour fournir sa duplique, pour produire la copie des épreuves de la MAN du recourant ainsi que les grilles de correction, et renseigner la CRIEPF sur le nombre d'étudiants en architecture inscrits à la MAN au début du semestre 2017, ainsi que sur le nombre d'étudiants en architecture ayant échoué à la session d'examens de la MAN de juillet 2017.

M. L'intimée a fourni sa duplique en date du 29 novembre 2017 (doc. 13). Elle a joint à son écriture les documents requis par décision incidente du 9 novembre 2017 (doc. 13.1–13.3). Il ressort du doc. 13.3, intitulé « Liste des étudiants MAN au printemps 2017, dans la section AR », que, sur 33 étudiants en section Architecture inscrits à la MAN durant l'année académique 2016–2017, aucun n'a réussi la MAN ; 16 étudiants ont abandonné le cours, 16 ont échoué aux examens, et un étudiant est désigné comme « en attente ».

N. Par décision incidente du 30 novembre 2017 (doc. 14), un exemplaire de la duplique et une copie de ses annexes ont été transmis au recourant, et un délai de 20 jours lui a été imparti pour fournir une triplique.

O. Le recourant a déposé sa triplique en date du 21 décembre 2017 (doc. 15). S'appuyant sur un document établi en mars 2014 par la Commission romande de mathématiques, intitulé « Catalogue des connaissances de base en mathématiques dispensées dans les gymnases, lycées et collèges romands » (doc. 15.1), produit à l'appui de son écriture, il a notamment allégué que les exigences de la MAN ne correspondaient pas – contrairement aux assurances données par l'EPFL – à un niveau gymnasial, même orienté sur la physique et les mathématiques.

P. Par décision incidente du 8 janvier 2018 (doc. 16), un exemplaire de la triplique et de son annexe a été transmis à l'intimée et un délai de 20 jours lui a été accordé pour déposer une quadruplique.

Q. L'intimée a déposé une quadruplique en date du 25 janvier 2018 (doc. 17). Par décision incidente du 25 janvier 2018 (doc. 18), une copie de la quadruplique a été transmise au recourant pour information.

R. Par décision incidente du 31 janvier 2018 (doc. 19), l'intimée a été invitée à produire, dans un délai de 5 jours, les avis des offices fédéraux et autres organismes consultés dans le cadre de l'introduction du système de la MAN dans l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL. L'intimée a donné suite à cette invitation, par courrier du 2 février 2018 (doc. 20 et annexes, doc. 20.1–20.6).

Parmi les avis produits par l'intimée figure celui de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ), établi le 12 février 2015 par sa rectrice, la professeure Sarah M. Springman (doc. 20.4). Dans ce document, l'EPFZ a pris acte de la réforme du cycle propédeutique par l'EPFL, qu'elle a qualifiée de « changement marquant » (« markante Veränderung »). Elle a relevé que la nouvelle réglementation représentait sans nul doute un durcissement des exigences à l'égard des étudiants. Elle a mentionné que, compte tenu du taux élevé d'échecs en première année, l'objectif d'une sélection précoce était compréhensible. L'EPFZ a mentionné que des efforts étaient également en cours en son sein afin d'introduire, après le premier semestre d'études déjà, des examens visant à permettre aux étudiants de se situer rapidement. Elle ne suivrait cependant pas la même voie que l'EPFL en ce sens que ces examens ne seraient pas obligatoires, afin de tenir compte du fait que tous les étudiants n'entament pas les études avec les mêmes préalables et ne s'habituent pas aux études avec la même rapidité. Ces conditions préalables différentes ne découlent selon elle pas seulement de connaissances inégales dans des branches de base telles que les mathématiques et la physique, mais aussi de compétences linguistiques variables et des circonstances personnelles. L'EPFZ a en outre mentionné qu'elle s'en tiendrait à la pratique d'accorder en tous les cas deux tentatives à l'examen d'une même branche avant qu'un échec définitif ne soit prononcé. Enfin, elle a relevé qu'elle respecterait la nouvelle réglementation durcie de l'EPFL en ce sens que les étudiants définitivement exclus de cette école à la suite d'un

échec à la MAN ne seraient plus admis à l'EPFZ non plus, hormis dans des filières d'études qui ne sont pas proposées à l'EPFL.

S. Les documents produits par l'intimée ont été transmis en copie au recourant pour information, par décision incidente du 6 février 2018 (doc. 21).

T. Le 15 février 2018, le recourant a déposé des observations spontanées concernant les annexes produites par l'intimée à son courrier du 2 février 2018 (doc. 22). Ces observations ont été transmises pour information à l'intimée, le 19 février 2018 (doc. 23).

U. La juge d'instruction a invité le conseil du recourant à produire sa note d'honoraires, en date du 22 février 2018 (doc. 24). Ledit conseil a donné suite à cette invitation par courrier du 23 février 2018 (doc. 25). Une copie de la note d'honoraires a été transmise à l'EPFL pour information, le 26 février 2018 (doc. 26).

Les autres allégations des parties seront examinées dans les considérants qui suivent, dans la mesure où elles sont déterminantes pour la décision.

La Commission de recours interne des EPF considère en droit :

1.

1.1 Selon l'art. 37 al. 3 de la loi du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (loi sur les EPF, RS 414.110), la CRIEPF statue sur les recours contre les décisions rendues par les EPF.

La décision de l'EPFL du 28 juillet 2017 (doc. 1.1), constatant l'échec du recourant à la MAN et l'excluant définitivement de l'EPFL, est une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021).

1.2 A qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 let. b et c PA). Pour être digne de protection, l'intérêt du recourant doit être personnel, pratique et actuel : le recourant a un intérêt personnel lorsqu'il est touché plus que quiconque par la décision attaquée et qu'il se trouve avec l'objet du litige dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération ; son intérêt est pratique lorsque l'admission du recours lui procure un avantage, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait ; il est actuel lorsqu'il existe non seulement au moment où le recours a été déposé, mais encore lors du prononcé de la décision sur recours (J. Candrian, Introduction à la procédure administrative fédérale, Bâle 2013, n. 125, p. 78s ; arrêt du Tribunal fédéral [ci-après : ATF] 137 II 40, consid. 2.3).

En l'espèce, le recours tend principalement à l'annulation de la décision d'échec définitif rendue à l'encontre du recourant. Le recourant mentionne tantôt dans son recours que, si celui-ci est admis, il pourra continuer sa formation auprès de l'EPFL (doc. 1 p. 3), tantôt qu'il souhaite débiter une formation auprès de l'Université de Lausanne (doc. 1 p. 8). Quand bien même les intentions du recourant quant à la suite de ses études ne sont pas claires, il est évident que, même s'il a pour but de continuer ses études à l'UNIL et non à l'EPFL, il dispose d'un intérêt pratique, personnel et actuel à ce que la décision soit annulée.

En effet, ainsi que le recourant l'expose dans son recours, l'art. 78 al. 3, 1^{ère} phrase, du règlement d'application de la loi du 6 juillet 2004 sur l'Université de Lausanne (RLUL, RS/VD 414.11.1) prévoit que « l'étudiant qui a été exclu d'une faculté de l'Université ou d'une autre haute école et qui est admis à s'inscrire dans une autre faculté ne bénéficie que d'une seule tentative à la

première série d'examens, à moins qu'une période d'au moins huit années académiques ne se soit écoulée depuis l'exclusion.». Le fait d'être définitivement exclu de l'EPFL fait ainsi subir un préjudice important au recourant dans la suite de ses études, en ce sens qu'il le prive d'une seconde tentative à la première série d'examens à l'UNIL.

Le recourant a dès lors un intérêt digne de protection à ce qu'il soit statué sur son recours, et possède la qualité pour recourir au sens de l'art. 48 PA.

1.3 Le recourant a respecté les prescriptions de forme ainsi que le délai de recours contre la décision du 28 juillet 2017 (art. 50 al. 1 et 52 al. 1 PA) et a versé l'avance de frais dans le délai imparti (art. 63 al. 4 PA).

1.4 L'intimée allègue que le recours est irrecevable pour tardiveté, car le recourant avait la possibilité et le devoir de contester le système de la MAN lorsque la décision constatant son échec à l'examen propédeutique du 17 février 2017, comportant son inscription à la MAN, lui a été notifiée.

Dans le cadre de l'examen de cet argument, la CRIEPF commencera par définir la nature des griefs du recourant concernant la MAN (consid. 1.4.1), puis analysera son habilitation à statuer sur ceux-ci (consid. 1.4.2). Elle examinera ensuite l'argumentation de l'intimée, d'abord sous l'angle du principe généralement admis en la matière (consid. 1.4.3). Après quelques considérations concernant la décision du 17 février 2017 et sa lettre d'accompagnement (consid. 1.4.4), elle abordera l'argumentation de l'intimée sous l'angle d'une éventuelle dérogation au principe exposé au consid. 1.4.3, à la lumière du principe constitutionnel de la bonne foi (consid. 1.4.5 et 1.4.6).

1.4.1 L'EPFL a rendu la décision attaquée en application notamment de l'art. 22 al. 5 de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL. Cet article a introduit, avec les art. 22 al. 1 let. a, 22 al. 2 et 23 al. 1 et 3 de l'ordonnance précitée, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2016, le système de la MAN à l'EPFL.

Ce système est le suivant : la non-atteinte d'une moyenne pondérée d'au moins 3.50 pour le premier bloc, à l'issue des examens du premier semestre du cycle propédeutique, constitue un échec au niveau du cycle propédeutique (art. 22 al. 1 let. a). L'étudiant concerné par cette situation se voit dans l'obligation de suivre la MAN au second semestre (art. 22 al. 2). Constituent un motif d'exclusion définitive de toute formation bachelor à l'EPFL la non-atteinte d'une

moyenne pondérée d'au moins 4.00 à l'issue du cours de mise à niveau ou le non-respect de l'obligation de le suivre (art. 22 al. 5). L'obtention d'une moyenne d'au moins 4.00 à la MAN permet à l'étudiant d'être admis une seconde fois au premier semestre du cycle propédeutique de l'année académique qui suit (art. 23 al. 1). La répétition des branches réussies lors du premier semestre est alors obligatoire (art. 23 al. 3).

En faisant valoir dans son recours que le système de la MAN est illégal et contraire à plusieurs principes constitutionnels, le recourant demande à la CRIEPF d'opérer un contrôle concret (ou préjudiciel) des dispositions précitées par rapport au droit supérieur à l'occasion d'une décision les appliquant.

1.4.2 Les ordonnances du Conseil fédéral peuvent faire l'objet d'un contrôle préjudiciel à l'occasion de leur application dans un cas concret. Cela découle de l'art. 189 al. 4 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst., RS 101), qui interdit le contrôle uniquement abstrait des actes du Conseil fédéral par le Tribunal fédéral, et de l'art. 190 Cst. *a contrario*, selon lequel les autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales (mais non les ordonnances fédérales ; R. Kiener/B. Rütsche/M. Kuhn, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^{ème} éd., Zurich/St-Gall, n. 1770s, p. 431 ; ATF 139 II 499 consid. 4.1). Ce principe vaut également pour les ordonnances et autres textes réglementaires, y compris les directives, adoptées par les établissements de droit public autonomes de la Confédération dotés de la personnalité juridique, telles que les écoles polytechniques fédérales (cf. arrêt du TAF A-1956/2014 du 2 octobre 2014, consid. 5 et 6).

Le contrôle préjudiciel des ordonnances et autres textes réglementaires au sens décrit ci-dessus appartient à toutes les autorités, fédérales aussi bien que cantonales, chargées de les appliquer (arrêt du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] A-5414/2012 du 19 juin 2014, consid. 2.4.2 ; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2013, n. 1968). Les unités administratives hiérarchiquement dépendantes du Conseil fédéral, respectivement de l'auteur de la norme, ne peuvent toutefois exercer ce contrôle que de façon restreinte (R. Kiener/B. Rütsche/M. Kuhn, *op. cit.*, n. 1773 p. 432).

La CRIEPF est une autorité spéciale de la juridiction administrative, ayant le statut d'autorité judiciaire, instituée par les art. 37 al. 3 et 37a de la loi sur les EPF. Elle est indépendante dans l'exercice de ses compétences (art. 37a al. 3 de la loi sur les EPF). Elle est donc habilitée à

procéder à l'examen préjudiciel des dispositions de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL.

1.4.3 Un recourant peut en principe demander le contrôle préjudiciel d'une norme à l'occasion de toute procédure dans le cadre de laquelle la norme est appliquée (R. Kiener/B. Rüttsche/M. Kuhn, op. cit., n. 1761 p. 429).

En l'espèce, l'intimée, par sa décision du 28 juillet 2017, a exclu le recourant de l'EPFL en application de l'art. 22 al. 5 de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL, lequel fait partie intégrante du système de la MAN : le recourant est ainsi en principe en droit de demander, dans le cadre d'un recours contre cette décision, le contrôle préjudiciel de cette disposition et, par-là même, du système de la MAN dans la mesure où il a conduit à son exclusion définitive. Son recours ne saurait dès lors *a priori* être qualifié de tardif.

1.4.4 S'agissant du point de savoir si, comme l'affirme l'intimée, le recourant aurait dû contester le système de la MAN dans le cadre d'un recours contre la décision du 17 février 2017 constatant son échec à l'examen propédeutique, laquelle comportait selon l'intimée son inscription à la MAN, il y a lieu de relever ce qui suit : comme le mentionne le recourant dans sa réplique, c'est dans la lettre d'accompagnement du bulletin de notes du 17 février 2017 constatant son échec à l'examen propédeutique en raison d'une moyenne inférieure à 3.50 au bloc 1 à l'issue du premier semestre (doc. 9.1) que l'inscription à la MAN lui a été communiquée. Seul le bulletin de notes (doc. 9.2) était désigné comme décision au sens de l'art. 5 PA et portait l'indication des voies de droit. Le bulletin de notes et la lettre d'accompagnement ont été signés par deux personnes différentes (M. Jean-Paul Festeau, chef du Service académique, pour la lettre d'accompagnement, et le prof. Pierre Vanderghyest, vice-président pour l'éducation, pour le bulletin de notes). Bien qu'ayant été communiqués sous le même pli, ils doivent, selon le principe de la bonne foi, être interprétés comme deux documents distincts.

En vertu de l'art. 5 al. 1 let. a PA, sont notamment considérées comme des décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations. La lettre signée par le chef du Service académique de l'EPFL du 17 février 2017, se fondant sur l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL et informant le recourant de son inscription à la MAN ainsi que des conséquences de cette inscription, a pour objet de créer des obligations et des droits à la charge du recourant (à savoir, l'obligation de suivre la MAN et réussir les examens au semestre de

printemps avec une moyenne minimale de 4, afin d'obtenir le droit d'effectuer sa seconde tentative au cycle propédeutique de l'année suivante); elle entre ainsi manifestement dans la définition d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA.

En vertu de l'art. 35 al. 1 PA, même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit. La lettre d'accompagnement du 17 février 2017 ne remplissait pas deux de ces exigences quant à la forme, dès lors qu'elle n'était pas désignée comme décision et ne comportait pas les voies de droit.

Les conséquences de cette notification irrégulière n'ont toutefois pas à être examinées ici plus avant. En effet, force est de constater que le recourant a suivi la MAN au cours du semestre de printemps 2017 et s'est présenté aux examens. Il doit ainsi être considéré comme ayant accepté cette décision par actes concluants.

1.4.5 Se pose ainsi la question d'un éventuel abus de droit du recourant, qui conteste dans son recours un système auquel il s'est préalablement soumis.

Une réponse positive à cette question pourrait entraîner l'irrecevabilité du recours (cf. P. Moor, *Droit administratif*, vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2012, n. 6.4.3 p. 932, citant les ATF 101 Ia 238 p. 241, 115 Ia 392 p. 397, et 118 Ia 415 p. 418; cf. également l'arrêt du TF 4_A 500/2015 du 18 janvier 2017, consid. 3.4), raison pour laquelle il y a lieu de l'examiner avant d'aborder, le cas échéant, le recours sur le fond.

1.4.5.1 Selon le principe ancré à l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. La loyauté, qui doit régir tous les comportements juridiques, interdit tant à l'autorité qu'à l'administré d'adopter des comportements contradictoires (P. Zen-Ruffinen, *Droit administratif*, 2^{ème} éd., Bâle 2013, n. 329 p. 82). En cas de comportement contradictoire de la part de l'administré, le principe de la bonne foi peut aboutir à une dérogation au régime légal en sa défaveur (P. Moor, *op. cit.*, n. 6.4.3 p. 931).

Les particuliers ne sont cependant pas tenus à un comportement exempt de contradictions dans la même mesure que les autorités. Cette relation asymétrique au principe de la bonne foi découle d'une part du fait que la liberté individuelle des particuliers leur permet de s'écarter d'une position qu'ils ont prise antérieurement; et d'autre part du fait que l'autorité bénéficie de davantage de moyens pour vérifier la justesse des assurances ou explications données par les particuliers. Les particuliers ne sauraient dès lors être considérés comme liés par leur comportement antérieur

qu'avec une grande retenue, en particulier lorsque l'autorité tire sa confiance d'un comportement passif (B. Schindler in B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2014, ad art. 5 al. 3, n. 55 p. 128 ; ATF 137 V 394, consid. 7.1). Le Tribunal fédéral a ainsi par exemple estimé qu'il n'y avait pas nécessairement comportement contradictoire qui permettrait de s'écarter de la loi lorsqu'un particulier dépose un recours contre une disposition légale qu'il a pourtant approuvée en qualité de membre d'une commission parlementaire chargée de l'examiner (ATF 97 I 24, consid. 3b, cité par P. Moor, op. cit., ibid.).

De manière générale, une relation *individualisée et intense* entre l'autorité et le particulier est nécessaire afin que le comportement de celui-ci soit de nature à fonder la confiance de celle-là. Une telle relation peut typiquement découler d'une procédure administrative ou judiciaire, d'un lien contractuel ou d'une autre relation juridique spéciale. Peut ainsi notamment être considéré comme contradictoire le fait de critiquer, dans le cadre d'une procédure, un comportement de l'autorité accepté par actes concluants à un stade antérieur de la procédure (B. Schindler in op. cit., n. 56, p. 128 ; ATF 132 II 485, consid. 4.3). Il en va de même lorsque l'intéressé conteste la régularité d'un acte qu'il a lui-même demandé (P. Moor, op. cit., p. 434, citant l'ATF 99 Ib 267, consid. 1).

1.4.5.2 En l'espèce, le recourant est certes dans une relation spéciale avec l'EPFL du fait de son statut d'étudiant au sein de cette école. Toutefois, l'on ne saurait retenir que cette relation, au moment où la décision de son inscription à la MAN a été rendue, était suffisamment individualisée et intense au sens décrit ci-dessus. En effet, l'EPFL a dû rendre un nombre relativement important de décisions similaires puisque l'inscription à la MAN concernait tous les étudiants de première année de l'ensemble des sections de l'EPFL ayant obtenu une moyenne inférieure à 3.50 au bloc 1 au premier semestre de l'année académique 2016/2017.

Par ailleurs, c'est par l'EPFL que le recourant a été d'office inscrit à la MAN, ce par une décision non désignée comme telle et ne comportant pas l'indication des voies de droit (cf. consid. 1.4.4 ci-dessus); ce n'est pas le recourant lui-même qui a sollicité de suivre la MAN. En ce sens, son comportement peut être qualifié de *passif*, même s'il a ensuite suivi le cours et s'est présenté aux examens de la MAN.

Enfin, le recourant faisait partie de la première volée d'étudiants soumis à la MAN, dont le système a été introduit le 1^{er} septembre 2016. Il a découvert le niveau et les exigences de la MAN

à l'occasion du cours, et plus précisément lors des examens ; c'est de cette expérience qu'il a tiré nombre des arguments allégués à l'appui de son recours, notamment ceux en relation avec le niveau et le contenu du cours. Ainsi, l'on ne saurait fondamentalement lui reprocher de ne pas avoir contesté le système de la MAN avant d'en avoir suivi le cours et présenté, sans succès, les examens.

1.4.5.3 Compte tenu de ce qui précède, la CRIEPF estime que le recourant ne commet pas d'abus de droit, au sens décrit au consid. 1.4.5.1 ci-dessus, en remettant en question, dans le cadre d'un recours contre une décision d'exclusion définitive à la suite d'un échec aux examens de la MAN, le système de la MAN auquel il s'est pourtant soumis par actes concludants.

1.4.6 L'argumentation de l'intimée tendant à démontrer que le recours est irrecevable pour tardiveté – interprétée sous l'angle du principe de la bonne foi et de l'interdiction des comportements contradictoires –, doit ainsi être écartée.

1.5 Au vu de ce qui précède, le recours est recevable.

2. La CRIEPF examine en principe librement avec un plein pouvoir d'examen les griefs invoqués. Les parties peuvent faire valoir la violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA) ainsi que le grief d'inopportunité (art. 49 let. c PA). Le grief de l'inopportunité (art. 49 let. c PA) invoqué contre des résultats d'examens n'est cependant pas recevable (art. 37 al. 4 de la loi sur les EPF).

La procédure étant régie par la maxime inquisitoire, la CRIEPF constate les faits d'office et apprécie librement les preuves ; s'il y a lieu, elle procède à l'administration des preuves par le biais de documents, de renseignements des parties ou de tiers, de visites des lieux ou d'expertises (cf. art. 12 PA et art. 40 de la loi de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 [PCF, RS 273], applicable par renvoi de l'art. 19 PA).

En outre, la CRIEPF applique le droit d'office, sans être liée par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011, n. 2.2.6.5 ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, n. 2.165). En principe, la CRIEPF se limite cependant à l'examen des griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties

ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1 et 122 V 11 consid. 1b ; arrêt du Tribunal administratif fédéral (ci-après : [ATAF] 2009/57 consid. 1.2 et 2007/27 consid. 3.3).

3.

3.1 L'objet du litige (Streitgegenstand) est défini par trois éléments : l'objet de la contestation (Anfechtungsobjekt), les conclusions du recours et, accessoirement, les motifs de celui-ci (arrêt du TAF A-2232/2010 du 31 mars 2011, consid. 2.1). L'objet de la contestation résulte lui-même du dispositif de la décision attaquée, et non de sa motivation. Par le biais de ses conclusions, le recourant ne peut, en vertu du principe de l'unité de la procédure, que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation. Il ne peut l'étendre, ni le modifier (arrêts du TAF 4500/2013 du 27 février 2014, consid. 1.4.1 ; A-1924/2012 du 31 mai 2013, consid. 2.4.1). Le juge n'entre donc pas en matière, en règle générale, sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 125 V 413 consid. 1a ; arrêt du TAF A-4363/2014 du 4 août 2016, consid. 3.1).

3.2 En l'espèce, la décision attaquée prononce d'une part l'échec du recourant à la MAN, d'autre part l'exclut définitivement de l'EPFL consécutivement à cet échec.

Dans ses conclusions principales, le recourant demande que l'autorité de céans admette le recours (ch. I), annule la décision du 28 juillet 2017 (ch. II), dise qu'il n'a pas échoué la MAN de façon définitive (ch. III), qu'il n'est pas exclu définitivement de la filière Architecture (ch. IV) et que le non-respect de l'obligation de suivre la MAN et de ne pas se représenter aux examens ne sera pas sanctionné par une décision d'exclusion (ch. V). Dans ses conclusions subsidiaires, le recourant reprend ses conclusions principales, hormis leur ch V.

3.3 La conclusion principale V manque quelque peu de clarté. Au vu du terme utilisé (« se représenter »), il y a lieu de l'interpréter dans le sens qu'elle tend à ce que la CRIEPF dise que le recourant ne soit pas *à l'avenir* obligé par l'EPFL de suivre une seconde fois le cours de la MAN, ni de se présenter une seconde fois aux examens de ce cours.

La CRIEPF observe que, dès lors que la décision attaquée ne comporte pas une telle obligation, la conclusion V sort de l'objet de la contestation. Elle est donc irrecevable.

3.4 S'agissant des autres conclusions, il y a lieu de relever ce qui suit : il résulte tant de celles-ci que de l'argumentation du recours que le recourant ne conteste pas la moyenne obtenue aux

examens de la MAN ; vu la motivation du recours, les conclusions principales III et IV (identiques aux conclusions subsidiaires VIII et IX) doivent être interprétées dans le sens qu'elles tendent à l'inapplicabilité des dispositions relatives à la MAN de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'état de fait découlant de l'obtention par le recourant d'une moyenne inférieure à 4.00 aux examens de la MAN.

3.5 Par conséquent, l'objet du litige consiste à déterminer si l'EPFL est en droit de prononcer l'échec du recourant aux examens de la MAN et de l'exclure définitivement de ce fait.

4.

4.1 Dans son recours, le recourant critique le système de la MAN.

Il fait en substance valoir que le système de la MAN a pour conséquence de l'empêcher de se présenter – malgré un unique échec – une seconde fois aux examens du premier cycle propédeutique, ce qui contreviendrait au principe de l'égalité de traitement et serait dépourvu d'intérêt public et contraire au principe de la proportionnalité. Ce système aurait également pour effet de le contraindre à acquérir des connaissances (dans les branches « Mathématiques I », « Mathématiques II » et « Physique ») sans lien avec sa formation en cycle propédeutique en section Architecture – dont les branches d'études du premier semestre sont « Construction et durabilité », « Géométrie pour architectes », « Mathématiques I », « Physique du bâtiment I » et « Structures I » –, et serait dès lors arbitraire et contraire aux principes de l'égalité de traitement et de proportionnalité. En outre, il aurait pour effet d'introduire une forme d'examen d'admission et serait, dans son cas, contraire à l'art. 1 let. a ch. 4 de l'ordonnance concernant l'admission à l'EPFL (RS 414.110.422.3), lequel permet l'admission sans examen à l'EPFL des personnes titulaires d'un certificat de maturité professionnelle assorti d'un certificat attestant la réussite aux examens complémentaires conformément à l'ordonnance du 2 février 2011 relative à l'examen complémentaire permettant aux titulaires d'un certificat fédéral de maturité professionnelle ou d'un certificat de maturité spécialisée reconnu au niveau suisse d'être admis aux hautes écoles universitaires. L'EPFL aurait de plus violé le principe de la bonne foi en indiquant à plusieurs étudiants en architecture suivant la MAN, peu avant les examens, par une lettre signée du prof. Pierre Vandergheynst, vice-président pour l'éducation (doc. 1.6), en réponse à une lettre cosignée par les étudiants précités (doc. 1.7), que la MAN avait pour but de « combler [leurs] lacunes » et était « d'un niveau gymnase » ; or, les branches de la MAN ne correspondent pas aux branches étudiées au premier semestre du cycle propédeutique et seraient d'un niveau

notablement plus élevé que celui du gymnase. Enfin, le recourant fait valoir que l'ordonnance sur le contrôle des études n'accorde qu'une seule tentative aux examens de la MAN, sous peine d'échec définitif, ce qui est totalement insolite dans le milieu des universités et autres écoles. Cela entraîne une inégalité de traitement pour les étudiants de la MAN, qui peuvent être fortement désavantagés dans leurs études futures en se voyant privés d'une seconde tentative à la première série d'examens auprès d'une autre faculté (cf. consid. 1.2 ci-dessus). Le système de la MAN serait, pour cette raison également, contraire au principe de la proportionnalité et dépourvu d'intérêt public.

4.2 Comme vu au consid. 1.4.1 ci-dessus, le recourant demande que soit effectué un contrôle préjudiciel des dispositions de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL relatives à la MAN, ce que la CRIEPF est habilitée à faire.

Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une faculté, mais d'une obligation : l'autorité qui refuse d'examiner la régularité d'une ordonnance, alors même que le recourant a soulevé valablement un tel grief, commet un déni de justice (arrêt du TAF A-5414/2012 du 19 juin 2014, consid. 2.4.2).

En cas d'admission du recours, le juge ne pourra pas annuler l'ordonnance qu'il estime inconstitutionnelle ou non conforme à la loi. Il refusera simplement de l'appliquer et cassera la décision fondée sur elle. Il appartiendra ensuite à l'auteur de l'ordonnance de la modifier ou de l'abroger formellement, pour rétablir une situation conforme à la Constitution ou à la loi (arrêt du TAF A-5414/2012 du 19 juin 2014, consid. 2.4.2 ; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, op. cit., n. 1967, p. 668).

4.3 En pratique, le Tribunal fédéral procède au contrôle concret des ordonnances fédérales en examinant d'abord si le principe de la séparation des pouvoirs a été respecté, à savoir si l'ordonnance s'en tient au cadre de la délégation législative. En cas de réponse affirmative à cette question, il examine dans un deuxième temps si l'ordonnance est conforme aux autres droits et principes garantis par la Constitution fédérale, tels que les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire (R. Kiener/B. Rütsche/M. Kuhn, op. cit., n. 1779 p. 433 ; ATF 130 I 26, consid. 2.2 ; ATF 139 II 460, consid. 2.3 ; J. Dubey/J.-B. Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, n. 538 p. 189-190).

5. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a d'abord lieu d'examiner si les dispositions de l'ordonnance sur le contrôle des études introduisant le système de la MAN respectent le principe de la séparation des pouvoirs.

Le recourant n'ayant pas fait valoir ce grief, la CRIEPF procédera à cet examen en application de la maxime d'office (cf. consid. 2 ci-dessus).

Pour ce faire, la CRIEPF commencera par définir les principes de la séparation des pouvoirs et de la légalité, d'abord en général (consid. 5.1), puis dans le contexte des hautes écoles (consid. 5.2). Elle posera ensuite le cadre constitutionnel, légal et réglementaire du cas d'espèce (consid. 5.3), avant d'examiner la nature de la norme de délégation législative dont dépend le système de la MAN (consid. 5.4). Elle se penchera ensuite en détail sur ce système (consid. 5.5) et déterminera, après avoir analysé à quelle catégorie de mesure il appartient à la lumière des principes jurisprudentiels exposés au consid. 5.2 (consid. 5.6), si la base légale sur laquelle il repose est suffisante, et par là-même, si le principe de la séparation des pouvoirs a été respecté (consid. 5.7).

5.1

5.1.1 Le principe de la séparation des pouvoirs protège la répartition des compétences prévues par le droit constitutionnel et interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe (T. Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, Zurich 2011, n. 614. p. 212 ; J. Dubey/J.-B. Zufferey, *op. cit.*, n. 26 p. 12; ATF 136 I 241, p. 249 ; ATF 134 I 322, p. 326.). Dans sa dimension fonctionnelle, il n'est pas explicitement consacré par la Constitution fédérale et a valeur de norme constitutionnelle non écrite (A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, *op. cit.*, n. 1780, p. 604 ; U. Häfelin/W. Haller/H. Keller/D. Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2016, 9^{ème} éd., n 1412 p. 432s). La séparation des pouvoirs est étroitement liée au principe de la légalité, surtout dans sa composante de l'exigence d'une base légale formelle (T. Tanquerel, *op. cit.*, *ibid.* ; P. Moor, *op. cit.*, p. 652). Le Tribunal fédéral a ainsi pu affirmer que le principe de la légalité, garanti par l'art. 4 aCst, comprenait celui de la séparation des pouvoirs (ATF 122 I 61, p. 63 ; T. Tanquerel, *op. cit.*, *ibid.*). Le principe de la séparation des pouvoirs constitue un véritable droit constitutionnel. Il peut donc être invoqué en tant que tel par un citoyen dans un recours (R. Rhinow/H. Koller/C. Kiss/D. Thurnherr/D. Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen un Bundesrechtspflege*, Bâle 2010, 2^{ème} éd., n. 2114 p. 543 ; P. Moor, *op. cit.*, p. 436s ; ATF 136 I 241, p. 249 ; ATF 134 I 322, p. 326 ;

ATF 133 I 178, p. 179). Il représente ainsi souvent le vecteur par lequel le principe de la légalité, qui sauf exception n'est pas un droit mais un principe constitutionnel, peut être invoqué devant les tribunaux (T. Tanquerel, op. cit., n. 615 p. 212 ; P. Moor, op. cit. p. 614 ; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2013, n. 1834 p. 620s ; ATF 143 I 322, p. 325s ; ATF 128 I 113 ; ATF 118 Ia 305, p. 309 ; ATF 121 I 161).

Le modèle classique implique surtout une séparation fonctionnelle entre le pouvoir de faire la loi, celui d'exécuter et celui de juger. C'est là que réside la relation très étroite entre la séparation des pouvoirs et le principe de la légalité. En effet, la séparation fonctionnelle des pouvoirs suppose que les activités étatiques soient d'abord prévues dans des règles générales abstraites (exigence de la « base légale matérielle »), adoptées normalement par le législateur ordinaire (exigence de la « base légale formelle »), puis que ces règles de droit soient appliquées dans des cas d'espèce par les pouvoirs exécutif (dont fait partie l'administration) et judiciaire (T. Tanquerel, op. cit., n. 617 p. 212-213 ; U. Häfelin/W. Haller/H. Keller/D. Thurnherr, op. cit., n. 1405 p. 428 ; P. Moor, op. cit., p. 438).

5.1.2 Le principe de la légalité est un principe de valeur constitutionnelle consacré à l'art. 5 al. 1 Cst.. Il exige, comme principe de base de l'administration, une norme générale et abstraite de droit public (une « loi au sens matériel », cf. art. 5 al. 1 Cst). On parle de délégation législative lorsque le législateur autorise ou charge le pouvoir exécutif d'édicter lui-même de telles dispositions (A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, op. cit., n. 1607 p. 543 ; arrêt du TAF A-1405/2014 du 31 juillet 2015, consid. 2.1).

La délégation législative constitue une entorse au principe de la séparation des pouvoirs, dans son modèle classique (A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, op. cit., *ibid.* ; T. Tanquerel, op. cit., n. 492, p. 163). Elle n'est admissible que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- a) la constitution n'exclut pas la délégation ;
- b) la délégation se limite à une matière déterminée ;
- c) la délégation figure dans une loi au sens formel, soit, en général, un acte soumis au référendum ;
- d) la délégation indique le contenu essentiel de la réglementation déléguée dans la mesure où la situation juridique des particuliers est gravement touchée. Doivent en tout état de cause rester du domaine de la loi au sens formel les décisions politiques importantes, de même que les réglementations inhabituelles (T. Tanquerel, op. cit., n. 493s, p. 163s ; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, op. cit., n. 1609s p. 544s ; U. Häfelin/W. Haller/

H. Keller/D. Thurnherr, *op. cit.*, n 1872 p. 578 ; ATF 134 I 322, p. 327 ; 128 I 113, p. 122).

La subdélégation de compétences législatives a été également admise par la jurisprudence, même sans autorisation légale spéciale, lorsqu'il s'agit de régler des questions techniques qui ne touchent aucun principe constitutionnel (ATF 128 V 75, p. 80). Elle est aujourd'hui expressément prévue par l'art. 48 al. 1 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), en ce qui concerne la compétence législative déléguée aux départements par le Conseil fédéral (A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, *op. cit.*, n. 1621, p. 548s ; T. Tanquerel, *op. cit.*, n. 498 p. 165 ; U. Häfelin/W. Haller/H. Keller/D. Thurnherr, *op. cit.*, n 1875 p. 579).

5.2

5.2.1 Dans le cadre de rapports de puissance publique spéciaux, tels que ceux liant les établissements de droit public avec leurs utilisateurs, un certain assouplissement du principe de la légalité peut se justifier. Si l'exigence de la base légale s'applique pleinement à la création du rapport de droit spécial, les exigences de densité et de niveau normatif pourront être moindres en ce qui concerne l'aménagement du rapport spécial, en fonction des buts de celui-ci. Des clauses générales, utilisant des notions relativement ouvertes, seront souvent suffisantes ; il n'est pas nécessaire que chaque détail soit régi par une loi, notamment au sens formel (ATF 123 I 1, p. 6 ; ATF 121 I 22, consid. 4a ; T. Tanquerel, *op. cit.*, n. 488s, p. 162). Toutefois, les restrictions imposées aux administrés doivent se justifier par rapport au but et à la bonne marche de l'institution : autrement dit, elles ne trouvent une base légale suffisante dans des dispositions générales de la loi que si elles se déduisent clairement de la finalité et des modalités essentielles du fonctionnement. Lorsqu'un tel rapport fait défaut, une base légale déterminée est nécessaire (P. Moor, *op. cit.* p. 723 ; ATF 111 Ia 231, p. 237s).

5.2.2 Le Tribunal fédéral considère que la réserve de la loi et les exigences strictes relatives à une norme de délégation doivent aussi être observées dans les domaines, tel celui de la formation, où les conditions à l'exercice effectif et au développement des droits constitutionnels sont liées à une prestation de l'Etat ; cela vaut en particulier dans les matières où l'Etat jouit d'un monopole de fait (ATF 103 Ia 369, consid. 6e; ATF 121 I 22, consid. 2), et ce quand bien même il n'existe pas en Suisse de droit constitutionnel à la formation et que la liberté du commerce et de

l'industrie ne crée aucun droit à un libre accès aux établissements publics de formation (ATF 103 Ia 369, consid. 4a).

5.2.3 Selon le Tribunal fédéral, la discipline et l'organisation des cours et des examens sont des questions relevant de la gestion interne de l'établissement que l'organe de direction ou l'autorité exécutive peuvent réglementer en l'absence d'une base légale formelle expresse pour autant que cela se révèle nécessaire à la sauvegarde du but de l'établissement. En revanche, le principe de la séparation des pouvoirs exige que des décisions importantes concernant la formation et la politique des hautes écoles (« *wichtige bildungs- und hochschulpolitische Entscheide* ») soient prises, à tout le moins dans leurs grandes lignes, au niveau d'une loi au sens formel (ATF 125 I 173, consid. 4a ; ATF 121 I 22, consid. 4a ; ATF 104 Ia 305, consid. 3c). Dans l'ATF 121 I 22, consid. 4a, concernant l'introduction d'un *numerus clausus* à l'Université de Zurich, le Tribunal fédéral a relevé que cette mesure consacrait une rupture importante dans la pratique de l'admission suivie jusqu'ici non seulement à l'Université de Zurich, mais dans toutes les universités suisses et portait une atteinte à la situation juridique des futurs utilisateurs suffisamment sérieuse pour que la décision de recourir à une telle mesure soit prise par le législateur, au moins dans son principe.

5.3 Il y a lieu de poser le cadre constitutionnel, légal et réglementaire dans le cas d'espèce.

L'art. 63a Cst. dispose que la Confédération gère les écoles polytechniques fédérales. Le domaine des EPF est régi par la loi sur les EPF. Les écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne sont des établissements autonomes de droit public de la Confédération jouissant de la personnalité juridique (art. 5 al. 1 de la loi sur les EPF). Elles administrent et conduisent leurs affaires de manière autonome (art. 5 al. 2 de la loi sur les EPF).

L'art. 16 de la loi sur les EPF, pourvu de la note marginale « Conditions d'admission » est rédigé dans les termes suivants :

« ¹ Est admis comme étudiant au premier semestre du cycle bachelor dans une EPF quiconque:

- a. est titulaire d'un certificat fédéral de maturité, d'un certificat de maturité reconnu par la Confédération ou d'un certificat équivalent délivré par une école secondaire supérieure de Suisse ou du Liechtenstein;
- b. est titulaire d'un autre diplôme reconnu par la direction de l'école;
- c. est titulaire d'un diplôme délivré par une haute école spécialisée suisse;
- d. a réussi un examen d'admission.

² La direction de l'école fixe les conditions et la procédure d'admission pour:

- a. *l'entrée dans un semestre supérieur du cycle bachelor;*
- b. *le cycle master;*
- c. *le doctorat;*
- d. *les programmes de la formation continue universitaire;*
- e. *les auditeurs. »*

L'art. 27 de la loi sur les EPF, pourvu de la note marginale « Structure », prévoit, à son al. 2, que « le conseil des EPF fixe les principes régissant l'organisation des EPF ».

Fondé sur l'art. 27 al. 2 de la loi sur les EPF (ainsi que sur l'art. 32 al. 4 de la loi sur les EPF lui donnant la compétence de déterminer l'étendue et les modalités des droits de participation), le Conseil des EPF a adopté l'ordonnance sur les écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne du 13 novembre 2003 (ci-après : ordonnance sur l'EPFZ et l'EPFL, RS 414.110.37). L'art. 3 al. 1 let. b de cette ordonnance prévoit que la direction de l'école a pour tâche d'édicter les ordonnances concernant les études.

La direction de l'EPFL a adopté l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL en se fondant expressément sur la compétence qui lui est déléguée par le Conseil des EPF au moyen de l'art. 3 al. 1 let. b de l'ordonnance sur l'EPFZ et l'EPFL.

Comme vu ci-dessus, le système de la MAN est intégré dans les art. 22 et 23 de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL.

5.4

5.4.1 Dans sa réponse au recours, l'EPFL allègue que sa direction a introduit le système de la MAN dans l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL en vertu de son pouvoir réglementaire en ce qui concerne les études, et se réfère à l'art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les EPF et à l'art. 3 al. 1 let. b de l'ordonnance sur l'EPFZ et l'EPFL. Ce faisant, elle se réfère à son autonomie dans la gestion de ses affaires, consacrée par la loi sur les EPF, et à la compétence générale d'édicter les ordonnances concernant les études, qu'a déléguée le Conseil des EPF aux directions des deux écoles polytechniques fédérales.

5.4.2 La CRIEPF observe que l'EPFL ne s'appuie – à raison, comme il sera exposé au consid. 5.6.5 ci-dessous – sur aucune disposition expresse de la loi sur les EPF déléguant directement à sa direction la compétence d'instituer le régime de la MAN.

5.4.3 Rédigée en termes généraux, la subdélégation de compétence du Conseil des EPF (qui possède une compétence générale de fixer les principes régissant l'organisation des EPF en vertu de l'art. 27 al. 2 de la loi sur les EPF) à la direction de l'école, figurant à l'art. 3 al. 1 let. b de l'ordonnance sur l'EPFZ et l'EPFL, ne fait que concrétiser le principe admis par la jurisprudence exposé au consid. 5.2.3 ci-dessus selon lequel les directions des hautes écoles sont en droit de réglementer – sur la base de dispositions générales de la loi, voire même sans base légale formelle expresse – l'organisation des cours et des examens, dans la mesure où ces règles se justifient par rapport au but et à la bonne marche de l'institution.

5.4.4 Afin de déterminer si le système de la MAN respecte le principe de la séparation des pouvoirs, il convient en premier lieu d'examiner quelles sont les exigences de densité et de niveau normatifs que ce système requiert, pour qu'il puisse être considéré comme fondé sur une base légale suffisante. A cette fin, il y a lieu de déterminer si le système de la MAN doit être considéré comme instituant des règles et restrictions nécessaires à la sauvegarde du but de le l'EPFL – auquel cas le cadre légal et réglementaire actuel serait suffisant (cf. consid. 5.2.3 et 5.4.3 ci-dessus) –, ou si au contraire, il constitue une décision importante concernant la formation ou la politique de l'EPFL, auquel cas une loi au sens formel doit le prévoir, au moins dans son principe (cf. consid. 5.2.3 ci-dessus).

5.5 Il y a ici lieu d'examiner plus en détail le système de la MAN.

5.5.1 Jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle ordonnance sur le contrôle des études du 30 juin 2015, l'ancienne ordonnance sur le contrôle des études du 14 juin 2004 prévoyait que l'étudiant ayant échoué à l'examen propédeutique – auquel il devait, pour réussir, obtenir une moyenne générale supérieure ou égale à 4.00 dans chacun des deux blocs de branches (art. 23 al. 1) – pouvait le présenter une seconde fois aux sessions ordinaires correspondantes de l'année suivant l'échec (art. 24 al. 1).

5.5.2 Dans le document intitulé « Commentaire », que l'EPFL a adressé à plusieurs offices dans le cadre de la procédure de consultation relative à, notamment, la révision totale de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL, et dont elle a produit les deux premières pages dans le cadre de la présente procédure de recours (doc. 20.2.2), il est mentionné ce qui suit, à propos de la réforme du cycle propédeutique :

« 1.1 *Au départ, deux constats :*

- *Les étudiants en 1^{ère} année qui, après un premier semestre, ont atteint une moyenne de notes inférieure à 3.5/6 n'ont pratiquement plus aucune chance de réussir l'année. Pire, ils n'ont pas les bases nécessaires pour suivre les enseignements du second semestre.*
- *Ces étudiants qui sont entrés à l'EPFL avec des lacunes, principalement en mathématiques et physique, échouent ensuite souvent également lors de la répétition de la première année.*

1.2 *Nouvelle mesure :*

Afin de permettre à ces étudiants de se récupérer en acquérant de bonnes bases, l'EPFL met sur pied un cours de mise à niveau à plein temps, durant le second semestre. Ce cours de mise à niveau sera obligatoire et sa réussite conditionnera la reprise de la 1^{ère} année à l'EPFL. L'étudiant qui n'aura pas réussi ce cours de mise à niveau ne réintégrera donc pas les études à l'EPFL, ses lacunes étant considérées comme rédhibitoires. Il devra se réorienter. Celui qui aura réussi le cours de mise à niveau pourra répéter le cycle propédeutique, cette fois en disposant des bases pour le réussir.

Ce point de réforme a été largement soutenu par les étudiants et les enseignants. »

5.5.3 Outre les dispositions topiques de l'ordonnance sur le contrôle des études, la direction de l'EPFL a adopté le règlement d'application du contrôle des études du cours de mise à niveau du cours de mathématiques spéciales (ci-après : règlement d'études MAN), ainsi que le plan d'études MAN, dont seules les versions 2017-2018 sont consultables sur le site internet de l'EPFL au moment de la rédaction de la présente décision (<http://sac.epfl.ch> > Etude > Plans d'études et règlements > Cours de mathématiques spéciales (CMS) > Règlement d'études MAN 17-18 / Plan d'études MAN 17-18 ; site consulté en février 2018).

Selon les termes de l'art. 3 du règlement d'études MAN, intitulé « Modalités de formation », la MAN est organisée et enseignée par le CMS (al. 2) ; elle s'étend sur le semestre de printemps et commence et se termine une semaine plus tard que les cours bachelor/master ; elle se compose d'enseignements en mathématiques et en physique (al. 3) ; ses branches forment un bloc de branches pour un total de 30 coefficients. Les coefficients des branches sont indiqués dans le plan d'études (al. 4).

Il résulte en outre du plan d'études MAN que celle-ci comprend 30 heures de cours par semaine, dont 16 heures de mathématiques I, 8 heures de mathématiques II et 6 heures de physique.

S'agissant du niveau de la MAN, l'EPFL informait, par le biais de son site internet (à tout le moins jusqu'en décembre 2017, date de dernière consultation de la page <https://man.epfl.ch/>

[cms/site/man/lang/fr/faq](https://www.epfl.ch/cms/site/man/lang/fr/faq)), qu'il est comparable à celui des cours « dispensés à la fin des études secondaires supérieures (niveau maturité ou baccalauréat, p. ex.), dans les filières scientifiques qui mettent l'accent sur les mathématiques et la physique ». Cette page, produite par le recourant en annexe de son recours (doc. 1.5), n'est plus en ligne au moment de la rédaction de la présente décision.

5.5.4 Dans sa réponse au recours, l'EPFL mentionne que la MAN n'est en rien une barrière à l'admission à l'EPFL. Elle allègue qu'elle « *vise à donner les fondamentaux pour réussir le cycle propédeutique, soit des connaissances essentielles en mathématiques et en physique. Elle n'est certes pas une répétition de la matière du premier semestre du cycle propédeutique. Sur ce point également, il faut constater que l'EPFL n'a aucune obligation légale d'accorder une seconde tentative sur les mêmes cours, ni d'ailleurs celle de garantir une place sur ses bancs durant deux ans envers et contre tout.*

L'EPFL considère que les fondamentaux pour réussir sont les mêmes pour tous les étudiants, et ce également pour l'architecture, s'agissant d'une formation donnant lieu à un diplôme de « Bachelor of Sciences » (sic) (c'est du reste ce qui explique que les étudiants soient autorisés à changer de section au niveau du cycle propédeutique). »

L'intimée relève également, notamment, qu'elle n'a aucune obligation légale de reprendre le programme du gymnase, et que la comparaison sur son site internet sert simplement à situer le niveau d'exigence de la MAN. Dans sa réplique, elle confirme que le niveau de la MAN est comparable à celui acquis à la fin des études secondaires supérieures en filière scientifique avec un accent sur les mathématiques et la physique, qui est la voie d'études conseillée pour viser un « Bachelor of Science » à l'EPFL. Elle admet que ce niveau est différent de celui atteint par le recourant après l'obtention de sa maturité professionnelle complétée par l'examen complémentaire lui permettant d'être admis aux hautes écoles suisses.

5.6 Il y a à présent lieu d'examiner si la MAN constitue une mesure importante, au sens de la jurisprudence exposée au consid. 5.2.3 ci-dessus, pour laquelle une base légale formelle expresse est nécessaire.

5.6.1 La CRIEPF observe qu'il est indéniable que la MAN est de nature à permettre à certains étudiants dont la réussite à l'EPFL est à terme peu probable d'être rapidement fixés sur leur sort et de se réorienter sans perte de temps inutile ; il est évident qu'elle a également l'avantage de dispenser plus tôt l'EPFL de consacrer ses ressources à des étudiants ayant de faibles chances de succès.

Dans le même temps, la CRIEPF observe que la MAN constitue une forme de *limitation à l'accès à une prestation publique* puisqu'elle restreint la continuation des études à l'EPFL, par le biais d'une sélection, avant la fin de la première année du cycle propédeutique. Sans être une limitation quantitative – tous les étudiants obtenant une moyenne minimale de 4.00 étant en situation de réussite –, elle instaure des conditions impératives pour les étudiants dont les résultats au premier semestre sont jugés largement insuffisants, afin d'être autorisés à être *admis une seconde fois au premier semestre du cycle bachelor*. Ces conditions impératives sont le suivi de cours de mathématiques et de physique d'un niveau jugé opportun par l'EPFL et la réussite, par le biais d'une tentative unique, d'examens concernant ces matières.

Alors que la MAN comporte 30 heures de cours par semaine en mathématiques I et II et en physique sur un semestre, les étudiants du premier semestre du cycle propédeutique en section architecture n'ont, selon le plan d'études de la section architecture (dont seule la version 2017–2018 est consultable sur le site internet de l'EPFL au moment de la rédaction de la présente décision [<http://sac.epfl.ch> > Etude > Plans d'études et règlements > Plan d'études AR 17–18 ; site consulté en février 2018]), que 9 heures de cours de nature similaire à ces branches (soit 3 heures de mathématiques I, 3 heures de géométrie pour architectes I et 3 heures de physique du bâtiment I). Vu leur intensité, les cours de mathématiques et physique de la MAN ne constituent manifestement pas une répétition de cours déjà vus pour les étudiants en architecture, ce que l'EPFL admet du reste.

La réussite des examens de la MAN ne donne pas droit à l'acquisition de crédits ECTS (cf. art. 3 du règlement d'études MAN *a contrario*). En cas d'échec à la suite de cette tentative unique aux examens de la MAN, l'étudiant est définitivement exclu de l'EPFL.

La CRIEPF estime que la MAN constitue une restriction à l'accès à une prestation publique suffisamment importante pour devoir figurer, au moins dans ses points essentiels, dans une loi au sens formel, pour les raisons suivantes.

5.6.2 Premièrement, la CRIEPF observe que le système de la MAN consacre une rupture importante dans la pratique de continuation des études non seulement à l'EPFL, mais également à l'EPFZ et dans les universités suisses.

En effet, un tel système de sélection des étudiants régulièrement admis en première année – comprenant des conditions à remplir non pour acquérir des crédits ECTS et passer au semestre supérieur, mais pour être admis, sans bénéficier d'aucun crédit ECTS au passage, à se présenter

une seconde fois au premier semestre – n'existe pas, à la connaissance de la CRIEPF, dans les milieux académiques suisses ; il est ainsi inhabituel.

5.6.3 Le système de la MAN est également exceptionnel en ce sens qu'il consacre – quand bien même l'étudiant n'a encore subi aucun échec, définitif ou non, dans une autre haute école ou université – une tentative unique à un examen concernant des cours ne consistant pas en une répétition de cours déjà vus, avec une exclusion définitive pour conséquence en cas d'échec. En cela, le système de la MAN se démarque de la pratique générale des écoles et universités suisses en la matière, qui accordent au minimum deux tentatives aux examens portant sur une même matière avant le prononcé d'un échec définitif. Le fait de n'avoir d'emblée qu'une seule chance à un examen est, de par notamment le stress que ceci peut occasionner, de nature à influencer défavorablement sur la prestation d'étudiants même bien préparés ; en cela, la CRIEPF estime que le système de la MAN porte une atteinte grave à la situation juridique des étudiants concernés.

5.6.4 Quoique ce point ne soit pas directement l'objet de la présente procédure, une décision de l'EPFL étant entrée en force à ce sujet (doc. 9.2), la CRIEPF observe que l'art. 22 al. 1 let. a de l'ordonnance sur le contrôle des études prévoit que constitue d'emblée un échec au niveau du cycle propédeutique la non-atteinte d'une moyenne pondérée d'au moins 3.50 pour le premier bloc, à l'issue du premier semestre et de la session d'examens y afférente. La CRIEPF relève ici qu'un tel échec *pour le cycle propédeutique entier* – lequel s'étend sur deux semestres d'études (cf. art. 7 al. 1 de l'ordonnance sur la formation menant au bachelor et au master de l'EPFL ; RS 414.132.3) –, prononcé après seulement un semestre, constitue également une restriction inhabituelle dans les milieux universitaires suisses.

5.6.5 Enfin, le caractère important ou non du système de la MAN, au sens de la jurisprudence citée au consid. 5.2.3 ci-dessus, doit également être analysé sous l'angle de l'art. 16 al. 1 de la loi sur les EPF.

Le législateur a jugé bon, à l'al. 1 de cet article, de poser les conditions d'admission au *premier semestre du cycle bachelor* de l'EPFL. Il n'a en particulier laissé aucune marge d'appréciation aux écoles s'agissant des titulaires de certificats fédéraux de maturité, de certificats de maturité reconnus par la Confédération (al. 1 let. a.), de même que pour les titulaires de diplômes délivrés par une haute école spécialisée suisse (let. c.), lesquels doivent être impérativement admis sans examen d'admission au premier semestre. La direction de l'EPFL a, dans l'ordonnance

concernant l'admission à l'EPFL du 8 mai 1995 (RS 414.110.422.3), notamment repris et explicité les conditions d'admission impératives des catégories précitées d'étudiants (art. 1 let. a et c).

A l'art. 16 al. 2 de la loi sur les EPF, le législateur a délégué à la direction de l'école la compétence de fixer les conditions et la procédure d'admission pour *l'entrée dans un semestre supérieur du cycle bachelor* (let. a.), le cycle master (let. b.), le doctorat (let. c), les programmes de la formation continue universitaire (let. d.) et les auditeurs (let. e.).

S'agissant de l'art. 16 de la loi sur les EPF, dans sa teneur entrée en vigueur le 15 février 2013, le Conseil fédéral a relevé ceci : « l'al. 1 porte toujours sur l'admission au premier semestre d'études ; la nouvelle référence au cycle bachelor découle de la réforme de Bologne. Il faut distinguer l'admission au premier semestre du cycle bachelor des autres cas d'admission aux études, qui font l'objet de l'al. 2. » (Message du Conseil fédéral du 22 février 2012 relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2013 à 2016 [FF 2012 2857, p. 3062–3063], portant notamment sur des modifications de la loi sur les EPF).

Selon une interprétation littérale, historique et systématique de la loi, le législateur a ainsi distingué deux cas de figure : l'admission au premier semestre du cycle bachelor, et les autres cas d'admission aux études, soit en particulier l'entrée dans un semestre supérieur du cycle bachelor. Il n'a pas envisagé l'hypothèse de *conditions d'admission en deuxième tentative au premier semestre du cycle bachelor*, les étudiants étant jusque-là d'office autorisés à répéter le cycle propédeutique en cas de premier échec.

Dans la mesure où des conditions impératives ont été fixées par le législateur pour l'entrée au premier semestre du cycle bachelor pour certains étudiants, la question des conditions éventuelles de l'admission de ceux-ci en seconde tentative au premier semestre doit être considérée comme suffisamment importante – puisque aboutissant à la même conséquence, à savoir l'admission au premier semestre – pour que le législateur détermine lui-même ces conditions, à tout le moins dans leur principe.

5.7 Pour l'ensemble de ces motifs, la CRIEPF estime que la direction de l'EPFL ne saurait déduire la compétence d'introduire la MAN dans l'ordonnance sur les études à l'EPFL de la compétence ordinaire pour la réglementation des études qui lui a été déléguée par le Conseil des EPF selon l'art. 3 al. 1 let. b de l'ordonnance sur l'EPFZ et l'EPFL, ni de l'autonomie dont elle bénéficie dans la gestion de ses affaires en vertu de l'art 5 al. 1 de la loi sur les EPF. L'introduction du système de la MAN va en effet au-delà d'une modalité nécessaire à la

sauvegarde du but de l'EPFL. Elle constitue une décision importante concernant la formation, portant une atteinte suffisamment sérieuse à la situation juridique des étudiants pour qu'elle soit prise par le législateur, dans le cadre d'un débat démocratique, à tout le moins dans ses points essentiels.

6. Au vu de ce qui précède, la décision attaquée viole le principe de la séparation des pouvoirs. Les dispositions relatives à la MAN de l'ordonnance sur le contrôle des études à l'EPFL, en particulier l'art. 22 al. 5 sur lequel est fondée l'exclusion définitive du recourant, ne reposent pas sur une base légale suffisante et ne doivent pas être appliquées (cf. consid. 4.2 ci-dessus).

Par conséquent, le recours, en tant qu'il conclut à l'annulation de la décision prononçant l'échec du recourant à la MAN et l'exclusion définitive de celui-ci de l'EPFL, est admis.

7. Le recourant a fait valoir à l'appui de son recours des motifs ayant trait à l'illégalité et l'inconstitutionnalité du système de la MAN autres que celui, finalement retenu par la CRIEPF, de violation du principe de la séparation des pouvoirs. Dans la mesure où il est fait droit aux conclusions du recours, les motifs du recourant n'ont pas à être examinés par la CRIEPF, faute d'intérêt digne de protection pour ce faire (cf. arrêt du TAF A-5146/2011, consid. 9 ; R. Kiener/B. Rüttsche/M. Kuhn, op. cit., n. 1779 p. 433).

8. Bien qu'elle succombe, l'autorité inférieure n'a pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 2 PA).

Le recourant obtenant gain de cause, il n'y a pas lieu de mettre les frais de procédure à sa charge (art. 63 al. 1 et 3 PA *a contrario*). L'avance qu'il a faite à ce titre doit lui être restituée.

Il convient par ailleurs d'allouer des dépens au recourant (art. 64 al. 1 PA).

En l'espèce, le mandataire du recourant a déposé une note d'honoraires datée du 23 février 2018, présentant un total de 8h35 de travail, et totalisant un montant de CHF 1'262.02 (TVA comprise). Ce montant est alloué au recourant dans son entier, à la charge de l'EPFL.

Par ces motifs, la Commission de recours interne des EPF décide :

1. Le recours est admis, dans la mesure où il est recevable.
2. La décision du 28 juillet 2017, en tant qu'elle prononce l'échec de A_____ au cours de mise à niveau, est annulée.
3. La décision du 28 juillet 2017, en tant qu'elle exclut définitivement A_____ de l'EPFL, est annulée.
4. Il n'est pas prélevé de frais de procédure. L'avance de frais de CHF 500.– est restituée au recourant. Celui-ci est invité à communiquer les coordonnées exactes du compte sur lequel la somme pourra être versée.
5. L'EPFL versera au recourant le montant de CHF 1'262.02, TVA comprise, à titre de dépens.
6. La présente décision est notifiée aux parties avec avis de réception. Le ch. 4 du dispositif est communiqué à la section des finances du Conseil des EPF.
7. Conformément à l'article 50 PA, la présente décision peut faire l'objet d'un recours dans un délai de **30 jours** dès sa notification. Le recours sera adressé au Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St-Gall. Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée ainsi que les moyens invoqués comme moyen de preuve seront joints au recours (art. 52 PA).

Au nom de la Commission de recours interne des EPF

Le président :

La greffière :

Hansjörg Peter

Irène Vitous

envoyé le :