
GUIDE

ENREGISTREMENT DES EXAMENS ÉCRITS ET ORAUX À DISTANCE

Auteur-e-s : Unité juridique et dicastère Enseignement

Destinataire-s : Hautes écoles de la HES-SO

Date : 05.01.2021

I/ PRINCIPES

L'enregistrement d'examens écrits ou oraux (notamment sur Microsoft Teams) contient le risque de porter atteinte à la personnalité et au traitement de données personnelles. Ainsi, dans ce guide, il sera évoqué les principes à respecter en la matière, ainsi que divers aspects pour lesquels il convient d'avoir une attention particulière.

1. Existence d'un motif justificatif

L'enregistrement d'examens écrits ou oraux est illicite à moins d'être justifié :

- par une base légale qui prévoit/ permet cet enregistrement, ou
- par le consentement de la personne concernée, ou
- par un intérêt privé ou public prépondérant ou par le fait que l'enregistrement sert à l'accomplissement d'une tâche légale.

Base légale

Pour pouvoir rendre l'enregistrement licite, l'éventuelle base légale qui le prévoit/ permet doit avoir une densité normative suffisante. Plus l'atteinte à la personnalité est importante, plus les exigences visant le niveau et la précision de la base légale sont élevées.

La réglementation HES-SO ne contient pas de disposition prévoyant/ permettant l'enregistrement des examens. Toutefois, même si tel était le cas, il n'est pas certain qu'une disposition prévue dans un règlement adopté par la direction d'une haute école ou par le Rectorat de la HES-SO soit considérée comme suffisante.

Consentement

Pour pouvoir rendre l'enregistrement licite, le consentement de la personne concernée doit être libre et éclairé. Cela signifie, d'une part, que les candidat-e-s doivent être préalablement et dûment informé-e-s quant à l'enregistrement et au traitement de leurs données (= consentement éclairé) et, d'autre part, que leur consentement ne doit être ni contraint, ni influencé. Elles et ils doivent donc se voir offrir un choix réel, sans avoir à subir de conséquences négatives en cas de refus (= consentement libre). Dans le cas de l'enregistrement d'un examen écrit à distance où les candidat-e-s doivent préalablement cocher une case selon laquelle elles et ils acceptent les conditions de passation de l'examen pour pouvoir débiter ce dernier, leur consentement est effectivement requis ; toutefois, il n'y a pas de risque zéro à ce qu'un tel consentement soit considéré comme n'étant pas totalement libre, dans la mesure où les candidat-e-s n'ont pas vraiment le choix de donner leur consentement si elles ou ils souhaitent passer l'examen.

S'il n'y a aucun risque que l'enregistrement contienne des données sensibles (p.ex. données sur les opinions religieuses ou politiques, sur la santé ou sur la sphère intime de la personne

concernée), le consentement n'a pas à être explicite, si bien que l'enregistrement peut être effectué si la ou le candidat-e ne manifeste pas, d'une manière ou d'une autre, son opposition. Toutefois, pour pouvoir valablement considérer qu'il y a consentement dans ce cas-là, la ou le candidat-e doit avoir été dûment informé-e quant à l'enregistrement et la possibilité de s'y opposer doit lui avoir été clairement indiquée et laissée.

Intérêt privé ou public prépondérant ou accomplissement d'une tâche légale

Pour pouvoir rendre l'enregistrement licite, il faut, en ce qui concerne l'intérêt privé ou public prépondérant, que l'intérêt de la haute école à enregistrer l'examen l'emporte sur celui de la ou du candidat-e à protéger sa personnalité. L'intérêt prépondérant doit être déterminé par une pesée des intérêts en présence.

S'agissant du motif de l'accomplissement d'une tâche légale, il faut non seulement que l'enregistrement serve à l'accomplissement d'une tâche légale de la haute école, mais qu'il soit également nécessaire à cet accomplissement selon le principe de la proportionnalité (cf. voir chiffre 1/2. ci-dessous).

2. Respect des autres principes en matière de protection des données

Pour qu'un enregistrement d'examens écrits ou oraux soit licite, il faut également que les autres principes généraux en matière de protection des données soient respectés, en particulier, celui de la finalité (= les données ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte) et de la proportionnalité (= seules les données nécessaires et propres à atteindre le but visé peuvent être traitées).

Ainsi, au vu du principe de la proportionnalité, un enregistrement des examens devrait être évité si une solution alternative moins invasive et permettant également d'atteindre l'objectif visé est raisonnablement praticable. En l'occurrence, l'objectif visé est de pouvoir éviter/détecter les fraudes, que l'examen puisse être reconstitué et que le droit d'être entendu de la ou du candidat-e puisse être respecté. En substance, le droit d'être entendu a pour but de permettre à cette dernière ou ce dernier de comprendre ce qui se passe et de se défendre ; il comprend notamment le droit de prendre connaissance du dossier et celui d'obtenir une décision motivée. Il faut donc que, par le moyen choisi, l'examineur puisse justifier la note attribuée et que la ou le candidat-e puisse comprendre l'évaluation faite de son examen.

Les solutions alternatives moins invasives pourraient p.ex. être les suivantes :

- prise d'un procès-verbal de l'examen par une personne assistant à celui-ci (notamment co-examineur) ou formulaire de protocole rempli par l'examineur au terme de l'évaluation, pour ce qui concerne les examens oraux. Toutefois, il est recommandé d'opter pour la prise d'un procès-verbal de l'examen par un co-examineur, si cette solution est raisonnablement praticable, car en cas de contestation, cela permettra davantage de convaincre du bien-fondé du procès-verbal et de la juste appréciation de la prestation de la ou du candidat-e ;
- examen écrit open book avec surveillance par webcam en temps réel (avec ouverture des micros également si petite volée) ou avec signature d'une déclaration sur l'honneur ;
- rapport écrit à rendre.

De même, si le moyen choisi permet le respect du droit d'être entendu de la ou du candidat-e, cette dernière ou ce dernier ne pourrait, selon nous, pas exiger que son examen soit enregistré.

Si l'enregistrement est licite, il pourra être produit comme preuve tant par la haute école que par la ou le candidat-e dans le cadre d'une réclamation ou d'un recours. En cas d'enregistrement illicite, il faut savoir qu'il pourra tout de même être utilisé comme preuve, si après une pesée des intérêts effectuée par l'autorité de recours, celle-ci considère que l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

II/ AUTRES ÉLÉMENTS D'ATTENTION EN CAS D'ENREGISTREMENT

1. Les personnes pouvant avoir accès à l'enregistrement

L'enregistrement ne doit être accessible qu'aux personnes/autorités pour lesquelles sa consultation est nécessaire pour l'accomplissement de leurs tâches et/ou de l'objectif visé cité au chiffre I/2. Il peut s'agir notamment des personnes évaluant l'examen, de la ou du candidat-e concerné-e ou des personnes traitant une suspicion de fraude, une réclamation ou un recours.

2. La sécurité et le lieu d'hébergement des données

Les données personnelles doivent être protégées par des mesures organisationnelles et techniques appropriées contre tout traitement ou accès non autorisé.

L'admissibilité ou non d'héberger des données personnelles à l'étranger dépend de la législation applicable en matière de protection des données.

En général, il est prévu que cela est admissible si le pays étranger dispose d'un niveau de protection des données équivalent à celui de la Suisse. Si tel n'est pas le cas, cela n'est admissible que si les conditions fixées par la législation applicable sont remplies. Par exemple, cette dernière pourrait prévoir qu'une communication des données à l'étranger est possible si des garanties suffisantes, notamment contractuelles, permettent d'assurer un niveau de protection équivalent à l'étranger. Toutefois, afin d'éviter tout risque, il vaut mieux que les données enregistrées soient hébergées en Suisse (p.ex. sur Moodle).

3. La durée de conservation de l'enregistrement

L'enregistrement doit être détruit à l'expiration du délai de réclamation ou, en cas de réclamation et de recours, une fois que la décision est devenue définitive.

III/ RECOMMANDATION

Au vu des développements qui précèdent, nous recommandons aux hautes écoles de la HES-SO d'éviter de procéder à l'enregistrement des examens écrits ou oraux à distance. A notre connaissance, plusieurs hautes écoles romandes (notamment l'Université de Neuchâtel) n'enregistreront d'ailleurs pas les examens passés à distance. Toutefois, dans le cas où toute autre solution moins invasive ne permettrait pas d'atteindre l'objectif visé cité au chiffre I/2. ou ne serait pas raisonnablement praticable et qu'une haute école déciderait alors d'opter pour l'enregistrement, celle-ci devra veiller à l'existence d'un motif justificatif (base légale, consentement, intérêt prépondérant ou accomplissement d'une tâche légale) et au respect des principes et éléments (finalité, sécurité, hébergement, etc.) émis plus haut.