



Genève, le 3 avril 2006

[Apprentissage - Tests d'aptitude payants]

- Leur conformité avec le principe de l'égalité des chances
- Leur remboursement par les entreprises

Avis de droit

1. Rappel des faits et objet de l'avis de droit

- 1.1 Certaines entreprises recourent à l'usage d'un test d'aptitude pour aider à la sélection de personnes candidates à une place d'apprentissage. Ce test a été établi, en collaboration notamment avec la haute école spécialisée d'Oensingen (canton de Soleure), par la société Multicheck qui est constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée dont le siège se trouve à Konolfingen (canton de Berne).

Le test Multicheck a pour but déclaré de "*résumer l'état actuel des connaissances scolaires et du potentiel*" de personnes à la recherche d'une place d'apprentissage. A l'aide de ce test, il est évalué les connaissances scolaires générales ainsi qu'en particulier la logique, la concentration, la compréhension technique et la capacité d'imagination. Ce test est soumis à un contrôle continu de qualité (validité, corrélation, etc.) auquel procède un psychologue de l'Université de Berne.

Il existe 4 types de tests Multicheck dont le coût varie selon le secteur concerné : "*Employé-e de commerce*": Frs 100.- ; "*Technique*": Frs 100.-; "*Commerce de détail et service*": Frs 60.-" et "*Artisanal*": Frs 60.-.

Dans les cantons de Fribourg et du Valais, le test "Multicheck" est organisé dans des établissements scolaires publics : l'Ecole professionnelle commerciale (Fribourg) et la Haute école valaisanne d'informatique de gestion HES (Sierre). Il en est de même dans la région francophone du canton de Berne où les tests se déroulent dans les locaux de l'Ecole professionnelle commerciale (Bienne).

Plusieurs administrations fédérales dont la société Multicheck se prévaut sur son site <http://www.multicheck.ch/>, font appel à ce test pour sélectionner les personnes candidates à une place d'apprentissage. Il s'agit notamment de l'office fédéral de la topographie, de l'office des juges d'instruction fédéraux, de l'institut fédéral de la propriété intellectuelle, du service informatique de l'Assemblée fédérale et de la régie fédérale des alcools.

Par ailleurs, cette liste de "*références*" mentionne un certain nombre d'administrations et d'établissements publics cantonaux qui utilisent également le test Multicheck.

- 1.2 Le recours à ce test Multicheck suscite un débat qui porte sur la question de la fiabilité en termes scientifiques de cet instrument de sélection sans lien avec l'évaluation des qualifications qu'opère l'institution scolaire. Son usage qui tend à se développer pose une autre question : celle de la conformité de ce test payant qui ne donne lieu à aucune garantie d'engagement, avec le principe de l'égalité des chances.

Le présent avis de droit se propose de répondre à cette seconde question.

Après le rappel des dispositions juridiques qui consacrent les principes de l'égalité des chances et de la gratuité (ch. 2), il sera examiné les effets qu'exercent ces principes constitutionnels et légaux sur les organes de l'Etat et, le cas échéant, sur les entreprises privées (ch. 3). Enfin, il sera rappelé la nature des devoirs précontractuels auxquels peuvent donner naissance les pourparlers entamés en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage (ch. 4).



2. Principes de l'égalité des chances et de la gratuité

2.1 L'article 3 lettre c de la Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (ci-après : LFPr), souligne la nécessité d'encourager et de développer "*l'égalité des chances de formation sur le plan social*".

La mise en œuvre de ce principe se traduit entre autres par l'obligation de veiller à ce que les critères d'appréciation utilisés dans les procédures de qualification assurent "*l'égalité des chances*" (cf. article 34 alinéa 1 LFPr).

Par ailleurs, la prise en compte des besoins individuels des personnes qui présentent des difficultés d'apprentissage (cf. article 18 LFPr) et au financement de laquelle pourvoit l'Etat, participe de cette même volonté de favoriser "*l'égalité des chances*".

Il n'en va pas autrement de *la gratuité* qui est garantie en matière notamment d'approbation du contrat d'apprentissage (cf. article 14 alinéa 3 LFPr), de fréquentation des établissements publics d'enseignement professionnel (cf. articles 22 alinéa 2 et 25 alinéa 4 LFPr) et de participation aux procédures de qualification (cf. article 41 alinéa 1 LFPr).

2.2 La volonté du législateur fédéral d'encourager et de développer "*l'égalité des chances de formation sur le plan social*" est conforme à l'un des objectifs énumérés à l'article 2 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (ci-après : Cst. féd.) dont il incombe à la Confédération (comme aux cantons) d'œuvrer à la réalisation : "*garantir une égalité des chances aussi grande que possible*" (cf. alinéa 3).

Quant à l'article 8 alinéa 2 Cst. féd., il interdit toute discrimination "*du fait notamment (...) de sa situation sociale (...)*". Cette formule signifie que l'on ne saurait "*traiter différemment les administrés suivant la position qu'ils occupent dans la vie économique, financière, professionnelle, ou même familiale*" (cf. Etienne Grisel, *Egalité - Les garanties de la Constitution fédérale* du 18 avril 1999, 2000, p. 79).

Enfin, l'article 41 alinéa 1 Cst. féd. mentionne au nombre des buts sociaux que la Confédération et les cantons s'engagent à poursuivre : la possibilité pour les enfants et les jeunes ainsi que les personnes en âge de travailler de "*bénéficier d'une formation initiale et d'une formation continue correspondant à leurs aptitudes*" (cf. lettre f).

3. Portée de ces principes et obligations des organes de l'Etat

3.1 L'article 41 Cst. féd. comporte une précision qui limite la portée des "*buts sociaux*" dont il dresse le catalogue. A son alinéa 1, il est souligné le caractère subsidiaire et complémentaire de l'intervention de la Confédération et des cantons. En d'autres termes, ces derniers sont appelés à s'engager dans la réalisation de ces objectifs sociaux "*en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée*".

Une autre restriction est apportée à la portée de cette disposition constitutionnelle. Aux termes de son alinéa 4 : "*Aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux*".

Les articles 2 alinéa 3 et 8 alinéa 2 Cst. féd. ne confèrent pas davantage au justiciable un droit de les invoquer directement devant un tribunal.

Ces dispositions constitutionnelles, qui sont dépourvues d'"*effet horizontal direct*", s'adressent essentiellement à l'Etat ainsi qu'aux particuliers qui exercent une tâche publique (cf. Jean-François Aubert et Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, 2003, p. 85).

Ces articles ne sauraient dès lors s'appliquer directement aux liens qui unissent des personnes privées, en particulier dans le cadre d'une relation contractuelle où prévaut l'autonomie de la volonté (cf. Etienne Grisel, *op. cit.*, pp. 72 et 101).



- 3.2** En revanche, ces dispositions constitutionnelles engagent les organes de la Confédération et des cantons, chacun dans son domaine de compétence, à promouvoir l'"égalité des chances" et à travailler à la réalisation de cet objectif.

C'est ainsi que le législateur fédéral a favorisé la mise en œuvre de cet objectif par l'adoption, en l'occurrence, des articles susmentionnés de la LFPr (cf. supra ch. 2.1) que les autorités administratives fédérales et cantonales sont tenues d'appliquer (cf. A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II - Les droits fondamentaux, 2000, pp. 682 et s. ; Etienne Grisel, op. cit., p. 110).

Il en résulte que les autorités administratives en charge de l'application de la LFPr ont l'obligation d'encourager et de développer l'"égalité des chances de formation sur le plan social", conformément à la volonté explicite du constituant que le législateur fédéral s'est employé à concrétiser en l'espèce par l'adoption de certaines dispositions de la LFPr.

- 3.3** L'activité de l'administration ne consiste pas seulement à mettre en œuvre les mesures prévues dans la LFPr en matière d'égalité des chances et de gratuité. Il appartient également à l'administration d'adopter, même lorsqu'elle n'intervient pas avec la puissance publique (par exemple dans le cadre d'une relation de droit privé), un comportement qui reste en accord avec les normes qu'elle est chargée de promouvoir (cf. Pierre Moor, Droit administratif, volume I - Les fondements généraux, 1988, p. 15, l'auteur laissant toutefois cette question ouverte).

Aussi est-il permis de s'interroger sur la compatibilité du comportement de certaines entités administratives avec ces normes de droit public, lorsqu'elles participent à l'élaboration de tests payants ou les utilisent pour aider à la sélection des personnes candidates aux places d'apprentissage qu'elles proposent.

Pour le même motif, le fait d'autoriser l'organisation de certains tests payants dans les locaux d'écoles publiques de l'enseignement professionnel, ne paraît pas davantage être compatible avec les normes de comportement précitées. De surcroît, les lieux utilisés peuvent être de nature à éveiller l'idée, chez un public peu averti, que ces tests payants revêtent un caractère officiel, voire obligatoire.

- 3.4** En conséquence, les services de l'Etat (offices fédéraux et cantonaux) ainsi que certaines entités de droit privé appelées à exercer une tâche publique en matière de formation (il pourrait s'agir, entre autres, de certaines "organisations du monde du travail" au sens de l'article 1 alinéa 1 LFPr), devraient s'abstenir de recourir à ces tests payants dont l'utilité est controversée et dont le coût élevé est de nature à porter atteinte au principe constitutionnel et légal de *"l'égalité des chances de formation sur le plan social"*.

4. Devoirs précontractuels des entreprises formatrices et remboursement du montant des tests

- 4.1** Le lien juridique qui unit une société prestataire de tests payants à une personne candidate à une place d'apprentissage, relève du droit privé. Cette relation contractuelle s'apparente à un mandat dont certains éléments sont empruntés au contrat d'enseignement.

L'Etat ne saurait faire obstacle à la conclusion d'un tel contrat pour le motif que la contrepartie financière relativement élevée exigée de la personne qui recourt au test, contreviendrait au principe de *"l'égalité des chances de formation sur le plan social"*. En effet, cette règle de droit public n'oblige pas les parties au contrat, lesquelles sont libres d'aménager à leur gré ce rapport de droit privé, conformément au principe de l'autonomie de la volonté (cf. supra ch. 3.1 in fine).

En vertu de ce même principe, les entreprises formatrices privées sont libres de décider des critères qu'elles jugent utiles de retenir pour sélectionner les candidats à l'apprentissage.

Il leur est donc loisible juridiquement de demander aux postulants de se soumettre à un test d'aptitude tel que le Multicheck.



- 4.2** A ce stade, il convient de poser la question de la prise en charge financière de ces tests. On admet communément que les pourparlers entamés en vue de la conclusion d'un contrat de droit privé, créent un rapport juridique entre les parties. Il en résulte des devoirs précontractuels qui sont de véritables obligations et dont l'existence n'est pas subordonnée à l'aboutissement des pourparlers. Ces devoirs précontractuels donnent naissance, même en l'absence de tout contrat, à des attentes légitimes auxquelles les négociateurs se doivent de répondre (cf. Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, pp. 751 et s. ; Luc Thévenoz, in *Commentaire romand du Code des obligations I*, 2003, pp. 548 et s.).

Il en est ainsi des frais de candidature encourus par une personne qui postule à un emploi.

L'employeur est tenu de prendre à sa charge les dépenses liées aux pourparlers en vue d'un engagement (frais de déplacement, d'entretien et d'hébergement) ainsi que toutes les *autres démarches* qu'il sollicite de la personne candidate, à l'exclusion de la perte de gain éventuelle.

Un manquement à ces règles de comportement applicables durant la phase précontractuelle, peut donner lieu à des prétentions en dommages-intérêts (cf. Ch. Brunner, J.-M. Bühler, J.-B. Waeber et Ch. Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, 2004, pp. 44 et s.).

- 4.3** A l'évidence, un test d'aptitude tel que le Multicheck figure au nombre des "autres démarches" précontractuelles, auxquelles certaines entreprises demandent aux personnes candidates à un apprentissage de se soumettre.

Aussi appartient-il à ces entreprises de prendre à leur charge l'intégralité des frais liés à l'organisation et au déroulement du test.

Cette exigence de remboursement à l'égard d'une entreprise, ne saurait cependant être tenue pour fondée juridiquement si le recours au test intervient à l'initiative de la personne candidate, en dehors d'une phase précontractuelle ou en l'absence d'une demande expresse émanant d'une entreprise formatrice.

Il y a lieu toutefois de réserver le cas où la personne candidate produit spontanément les résultats du test avec son dossier de candidature, anticipant en cela la demande de l'entreprise, et qu'elle est ensuite engagée par cette dernière.

Il se justifie en l'occurrence que l'entreprise indemnise intégralement la personne dont la candidature a été retenue, des frais occasionnés par le test.

5. Conclusions

En charge de la promotion et de la mise en œuvre du principe constitutionnel et légal de l'*"égalité des chances de formation sur le plan social"* (cf. supra ch. 2 et 3.2), les services de l'Etat doivent s'abstenir de faciliter l'utilisation des tests d'aptitude payants et d'y recourir eux-mêmes pour aider à la sélection des personnes candidates à une place d'apprentissage (cf. supra ch. 3.3 et 3.4).

En revanche, l'Etat ne saurait interdire à des entreprises privées de faire usage de ces tests payants. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, ces dernières sont en effet libres des critères de sélection qu'elles jugent utiles de retenir pour décider de l'engagement d'une personne en formation et, partant, de demander aux postulants qu'ils se soumettent à un test d'aptitude payant (cf. supra ch.4.1).

Il appartient à l'entreprise privée de prendre en charge l'intégralité du coût du test d'aptitude que la personne candidate à une place d'apprentissage est appelée à passer durant la phase précontractuelle. Cette obligation d'indemnisation n'est pas subordonnée à la condition que les pourparlers entamés aboutissent à la conclusion d'un contrat d'apprentissage (cf. supra ch. 4.2 et 4.3).

Alain Sartorius
Juriste à l'OFPC
Titulaire du brevet d'avocat